ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE
16, RUE BONAPARTE – 75272 PARIS CEDEX 06
TÉL : 01 42 34 57 70 – FAX : 01 40 46 87 55

Compétence scientifique et technique de l'expert et qualité de l'expertise en responsabilité médicale

Rapport – Recommandations
Auditions - Annexes

Au nom d'un groupe de travail

Sous la direction de
Jacques Hureau et Claude-Henri Chouard

Avec la collaboration de
Laurence Dumoulin – Patrick Matet – Jean-Michel Chabot – Guy Tufféry
Gaëlle Dalbignat-Deharo – Rafaël Encinas de Munagorri
Pierre Sargos – Patrick de Fontbressin

(Mars 2011 – 4 octobre 2011)

Académie Nationale de Médecine
Commission XVII – Éthique et droit
Groupe de travail* sur
« Compétence scientifique et technique de l'expert et qualité de l'expertise en responsabilité médicale »

RAPPORT et RECOMMANDATIONS

J. Hureau rapporteur – C.H.Chouard secrétaire

Rapport

Exposé des motifs

La réflexion proposée au groupe de travail est d'ordre général. Elle intéresse toutes les formes d'expertise en responsabilité médicale, quel que soit le donneur d'ordre et quelle que soit la posture de l'expert vis-à-vis de celui qui le missionne.

A toutes les étapes de cette réflexion les deux objectifs à atteindre ne doivent pas être perdus de vue :

- l'expert bien listé - sur quels critères peut-on évaluer et sélectionner des experts médecins compétents dans leur spécialité ?
- l'expert bien choisi - comment peut-on atteindre la meilleure adéquation scientifique et technique entre la compétence de l'expert et l'objet de sa mission ?

La mission de l'expert médecin en responsabilité médicale le conduit à donner un avis sur l'action d'un de ses pairs. Les conséquences de cet avis sur la décision finale peuvent être lourdes pour les parties au litige. La responsabilité scientifique et technique de l'expert est engagée.

L'insatisfaction manifestée depuis quelques années vis-à-vis des experts dans le domaine médico-juridique a été largement relayée par les médias. Elle doit être tempérée par l'étude de quelques chiffres (Annexe I)

Cette insatisfaction n'est toutefois pas sans fondement car la désignation du bon expert en adéquation avec la mission à ordonner n'est pas toujours chose aisée pour le donneur d'ordre.

C'est sur l'aide à cette désignation que l'Académie Nationale de Médecine se doit de réfléchir, sans pour autant s'immiscer dans les prérogatives du juge. Quels sont les critères scientifiques et techniques qui feront le bon expert et l'expertise de qualité ? (La formation procédurale, tout aussi importante soit elle, n'entre pas dans le cadre des compétences de l'Académie).

L'Académie Nationale de Médecine ne peut se tenir à l'écart d'un courant de pensée qui, depuis quelques années, est marqué par l'abondance des travaux qui lui sont consacrés (Annexe II).

* Le groupe de travail est constitué de :
- Mesdames C. Bergoignan-Esper et A. Marcelli
- Messieurs J. Barbier, Y. Chapuis, C.H. Chouard (Secrétaire), J. Dubousset, J. Hureau (Rapporteur), A. Lienhart, D. Pellerin, C. Sureau, P. Vayre.

Introduction

Le sujet mérite une étude en profondeur compte tenu des incidences qu'il peut avoir sur la réglementation actuellement en vigueur. Pour pouvoir rendre à l'Assemblée plénière de l'Académie un rapport aussi documenté, clair et concis que possible et des recommandations pratiques ciblées sur les deux points de réflexion proposés, quelques grands thèmes ont été exposés et débattus devant et par le groupe de travail grâce à l'apport des personnalités compétentes qui nous ont fait l'honneur d'accéder à notre demande**. Nous les en remercions très vivement.

Ont été abordés successivement les sujets suivants :

– la place de l'expert médecin dans une instance en responsabilité médicale : technicien détenteur du savoir, en charge d'un avis normatif sur les faits en cause et dont le rôle est réel mais variable dans la production du jugement (I);

– l'inscription et la réinscription d'un médecin sur les listes d'experts de justice (Cour d'appel, Cour de cassation), en l'état des textes en vigueur. Critères de compétence requis ? Contrôle ? La désignation par le juge, en adéquation avec l'affaire en cause. La « Nomenclature des rubriques expertales » (II-1); la spécificité de l'inscription sur la liste nationale des experts en accidents médicaux gérée par la Commission nationale des accidents médicaux (loi du 4 mars 2002) (II-2); l'auto évaluation de l'expert (II-3).

– de l'accréditation des praticiens à l'accréditation des experts en responsabilité médicale ? L'expert qui donne un avis sur l'action d'un de ses pairs doit être au moins de formation et de pratique scientifiques et techniques égales à celles de celui-ci. Où en est-on de la certification des établissements de soins et de l'accréditation des praticiens dans les disciplines à risques ? Le rôle de l'HAS – l'expert et l'évaluation des pratiques professionnelles (EPP) (III);

– les normalisations existant en France: norme « *Qualité de l'expertise* » (NF X 50-110 : 2003) complétée en février 2011 par la norme FD X 50-046 *« Qualité en expertise – Recommandations pour l'application de la norme NF X 50-110 :2003 »*. Application à l'expertise en responsabilité médicale (IV) ?

- de la vérité médicale à la vérité judiciaire : comment le juge s'approprie-t-il les connaissances médicales (V)?

– compétence de l'expert et qualité de l'expertise – évaluation hors de France : aux Etats-Unis - de l'arrêt Frye à l'arrêt Daubert (Cour suprême des Etats-Unis) : de la recevabilité d'une expertise scientifique à l'agrément de l'expert par le juge – les critères Daubert. Que doit être une bonne expertise scientifique et technique pour répondre aux critères Daubert (VI)?

– la responsabilité scientifique et technique des experts médecins en responsabilité médicale (VII) :

- à travers la jurisprudence française,
- à travers les codes et les textes internationaux.

Tout au long de ces auditions le souci des membres du groupe de travail a été de faire dégager par nos conférenciers des recommandations ou des voies de recherche pour améliorer les modes d'évaluation des experts et la qualité scientifique et technique des expertises.

** Personnalités pressenties pour leur particulière compétence sur les différents thèmes :
Laurence DUMOULIN – Docteur es sciences politiques, chargée de recherches au CNRS, ENS de Cachan ; Patrick MATET – Conseiller à la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation ; Jean Michel CHABOT – Professeur de santé publique, Conseiller médical auprès du directeur de l'HAS, responsable du service « Evaluation des pratiques professionnelles » ; Guy TUFFÉRY – Directeur (hon.) de recherches , délégué à la qualité de l'AFSSA, Président de la Commission de normalisation « Expertise » ; Gaëlle DALBIGNAT-DEHARO – Docteur en droit privé, Professeur à Institut supérieur de commerce de Paris ; Rafaël ENCINAS de MUNAGORRI – Membre de l'Institut universitaire de France, Département de droit privé de la faculté de droit de Nantes ; Pierre SARGOS – Président de Chambre (hon.) à la Cour de cassation ; Patrick de FONTBRESSIN – Avocat au Barreau de Paris, Maître de conférences à Paris XI

I - Place de l'expert médecin dans une instance en responsabilité médicale [1-2]

Le juge et l'expert

L'expert judiciaire est en situation formalisée de *« rencontre entre une conjoncture problématique et un savoir spécialisé »* [3]. Les experts ont une légitimité de type scientifique indissociable d'une légitimité judiciaire puisqu'ils sont investis par la justice. Ce sont des professionnels de leur discipline. Collaborateurs occasionnels du service public de la justice pour le droit administratif ou collaborateurs occasionnels du juge pour le droit judiciaire, leurs conclusions n'engagent pas les magistrats. Pourtant il peut s'instaurer un rapport de contrainte réciproque. Le juge a besoin de l'expert dont il peut être complètement captif. Le pouvoir peut ne pas être là où est l'autorité formelle.

L'expert et l'expertise : du technique au normatif

Les experts sont des techniciens, *« ce ne sont point des juges, mais des hommes destinés à fournir des renseignements au juge »* [4]. L'expert est un témoin. Il est *« les yeux et les oreilles du magistrat »* [5].

Le rapport d'expert est un jugement normatif sur les faits. Récit constitutif et explicatif du réel, *« l'acte d'expertise est avant tout un jugement »* [6], ajoutons factuel.

L'expert est à la fois en dehors de la décision, en dehors du droit et en dehors de l'organisation judiciaire, alors même que le développement des connaissances et des techniques oblige de plus en plus le juge à faire appel à lui [7].

II - Inscription et réinscription des experts sur les listes – Désignation de l'expert par le juge

En procédure judiciaire [8]

Face à ce rôle normatif scientifique et technique de l'expert, quels sont les critères retenus pour sa sélection et sa désignation par le juge ?

La loi du 29 juin 1971 modifiée et son décret d'application du 23 décembre 2004, complétés par l'arrêté du 10 juin 2005, offrent au juge des listes d'experts classés par spécialités suivant une nomenclature nationale unifiée.

Ces textes ont instauré une inscription probatoire initiale de trois ans (art. 38 de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010) et ont supprimé toute automaticité dans la réinscription avec évaluation périodique (5 ou 7 ans) de l'activité de l'expert.

Dans les textes concernant les conditions de cette inscription probatoire ou des réinscriptions rien n'est dit quant aux compétences scientifiques et techniques de l'expert. Celles-ci sont une combinaison de connaissances, de savoir faire, d'expérience et de comportement.

En réalité, les juges procèdent à une appréciation des aptitudes, ce qui est différent de la compétence, à deux stades, par un contrôle *a priori* au moment de l'inscription ou de la réinscription et par un contrôle *a posteriori* lorsque l'expert est pressenti pour accomplir une mission déterminée. Il serait utile à ce stade d'affiner les rubrique expertales qui pourraient être mises à disposition du juge sur un site informatique pour l'aider à la désignation de l'expert compétent bien sélectionné.

L'apparence de l'arbitraire lors de l'inscription initiale sur les listes est soulignée dans le « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise » [28].

Dans son arrêt du 17 mars 2011 (aff. Penarroja), la Cour de justice de l'Union européenne a souligné que l'établissement des listes devait être fondé sur des critères objectifs et non discriminatoires, conduire à la prise en compte de l'expérience et de la qualification

acquise et que toute décision (positive ou négative) relative à l'inscription sur une liste devait être motivée [29].

La conclusion émise sur ce thème par notre consultant engage au perfectionnement : *«Cet état des lieux fait apparaître une faiblesse du système judiciaire français puisqu'il n'organise pas systématiquement de débat autour des compétences de l'expert. En effet, l'inscription sur les listes masque toute discussion relative aux compétences techniques et scientifiques de l'expert dans l'affaire pour laquelle il est pressenti »*.

En procédure administrative

Lorsque des listes existent (actuellement quatre sur huit cours administratives d'appel), elles sont en règle alimentées par les listes de Cour d'appel ce qui apporte une meilleure connaissance de la valeur d'un expert qui a déjà fait ses preuves. Il est en outre demandé à l'expert candidat de participer à un entretien avec un ou deux membres responsables de la compagnie d'experts choisis dans la même discipline que lui. C'est une piste à suivre.

La liste nationale d'experts en accidents médicaux de la CNAMed

Elle est actuellement élaborée à partir des listes de Cour d'appel avec des critères contraignants quant à l'activité professionnelle et expertale. Le dossier de candidature est instruit par un ou deux rapporteurs qualifiés qui peuvent se faire communiquer tout document ou entendre quiconque dont le postulant. Cette procédure sélectionne des experts chevronnés [9]. Mais par ailleurs, en raison de leurs besoins grandissants, les CRCI font appel à des « experts » qui ne sont inscrits sur aucune liste et pour lesquels il n'existe aucune garantie. Des propositions sont faites pour remédier à cela [9-10].

De l'auto-évaluation des experts listés

L'établissement de listes fiables et l'adéquation de l'expert missionné ne peuvent être obtenus sans le concours d'experts d'une honnêteté intellectuelle et morale irréprochable. Lors du dépôt de sa candidature, l'expert doit cibler dans les rubriques la spécialité de sa compétence et préciser sa ou ses sur-spécialités. Lors de la réception d'une mission il est le mieux placé pour évaluer sa compétence dans l'affaire en cause.

L'expert « multi-cartes », omniscient pluri-spécialiste doit disparaître.

III - De l'accréditation des praticiens à l'accréditation des experts en responsabilité médicale

L'expert qui donne un avis sur l'action d'un de ses pairs doit être de formation et d'expérience scientifique et technique au moins égales à celles de celui-ci.

L'accréditation des médecins ou des équipes médicales

Elle concerne ceux qui exercent dans les disciplines à risques, celles qui fournissent le gros du contentieux en responsabilité médicale (Annexe III, p. 45).

Cette accréditation est un dispositif volontaire de gestion du risque.

Alors que le médecin, acteur singulier, fait place à l'équipe, au réseau, à la chaîne de soins, la médecine systémique se développe. Elle a pour corollaire la culture qualité-sécurité [11-12]. Ceci ouvre sur le souhait et la nécessité de développer les expertises collégiales.

<u>L'accréditation est une évaluation formative</u> de la qualité de la pratique professionnelle, ce n'est pas un contrôle des connaissances dans sa conception universitaire. Elle s'inscrit dans le cadre du développement professionnel continu (DPC) dont les deux

autres dispositifs sont l'évaluation des pratiques professionnelles (EPP) qui concerne tous les praticiens et la certification des établissements de santé (ES).

Sous le contrôle de la Haute autorité de santé (HAS), des organismes agréés pour l'accréditation (OA-Accréditation) sont les seuls opérateurs de la démarche (Annexe III, p. 46 à 48). Il existe un seul OA-Accréditation par spécialité : 17 au total pour 21 spécialités « à risques » répertoriées.

Chaque OA-Accréditation génère deux types de documents qui seraient fort utiles pour tester et conforter la compétence scientifique des experts en responsabilité médicale :
- un pré-requis de la spécialité qui définit le niveau minimal de qualité et de sécurité des pratiques qui doit être respecté ;
- une base de recueil et de traitement des informations anonymisées (base REX) sur les évènements porteurs de risques (EPR).

Le système d'information actuel garantit un haut niveau d'exigence en matière de confidentialité, de sécurité et de disponibilité. La confidentialité est assurée par des droits d'accès spécifiques [13].

Il serait pourtant très utile que les experts médecins qui ont à traiter du contentieux en responsabilité dans ces domaines à risques, aient, sous certaines conditions, accès à cette documentation qui s'enrichira et s'actualisera dans le temps.

L'accréditation scientifique et technique des experts ?

Il parait irréaliste, pour des raisons de disponibilité, de ne choisir les experts médecins en responsabilité médicale que parmi les seuls praticiens accrédités. Ceux-ci peuvent par contre constituer une réserve de techniciens associés (sapiteurs) ou de co-experts « pointus » nommés hors liste dans des affaires d'une difficulté particulière.

Ne peut-on, par ailleurs, concevoir, dans le même esprit d'évaluation à visée formative, une procédure allégée d'accréditation d'experts sélectionnés ? C'est une étude à mener, sous le contrôle de l'HAS, avec les OA-Accréditations déjà répertoriés dans chaque discipline.

Une telle réflexion s'intègre dans une politique de normalisation de la « Qualité de l'expertise». Elle n'est pas nouvelle [14-15-16].

IV - Les enseignements de la norme AFNOR NF X50-110 : 2003 complétée par la norme FD X 50-046 : 2011 – Application à l'expertise en responsabilité médicale ? [17-18-19]

Ce chapitre permet d'aborder certains points critiques de l'expertise liés non seulement à la compétence de l'expert mais à la confiance en l'expertise. Il suggère un processus de normalisation utile.

Présentation de la norme NF X 50-110 : 2003 complétée par la norme FD X 50-046 : 2011

Les limites de confiance de l'expertise dépendent de l'état des connaissances et des données disponibles, de l'organisation et de la conduite de l'expertise, c'est-à-dire des conditions de l'expertise.

La norme NF X50-110 :2003 «Qualité en expertise- Prescriptions générales de compétence pour une expertise » a pour objectif essentiel de maîtriser, autant que possible, les conditions de l'expertise qui sont des points critiques afin de livrer en toute confiance une réponse pertinente à la question posée et ainsi de satisfaire à l'obligation de moyens. L'objectif final est de pouvoir certifier la maîtrise de la conduite de l'expertise et de renforcer la confiance dans l'expertise pour le client et les parties prenantes.

La norme énonce des exigences sur les points suivants :
- la conduite de l'expertise par un expert ou un collège d'experts (organisme d'expertise) ;

- les processus de soutien à l'expertise : gestion et mise à disposition des ressources humaines, d'infrastructure et d'environnement de travail ; ce sont les moyens mis en œuvre ;
- le processus de conception/réalisation de l'expertise ;
- le système d'analyse et d'amélioration du processus d'expertise basé en particulier sur l'appréciation de la satisfaction du client.

Cette norme est applicable à tous les domaines de l'expertise et sans difficulté particulière à l'expertise en responsabilité médicale [16].

Application à l'expertise en responsabilité médicale – Analyse, constat et propositions par un observateur extérieur indépendant ;

Analyse et constat

Qu'il s'agisse des expertises juridictionnelles ou des expertises menées dans le cadre de la loi du 4 mars 2002,

1 – la compétence scientifique et technique de l'expert est peu prise en compte, tant lors de l'inscription que de la réinscription ;

2 – les liens de dépendance, autres que vis-à-vis des compagnies d'assurances, sont mal gérés en dépit du recours possible à la délocalisation ;

3 – lors de la désignation dans une affaire donnée, les liens d'habitude entre juge et expert se font encore trop souvent au détriment du choix de l'expert le plus en adéquation avec le problème en cause.

Propositions

1 – calquer le processus d'accréditation de l'expert sur celui du médecin accrédité. C'est un système de confiance dans l'expertise. Le schéma de conformité de l'expertise avec la norme dans l'optique d'une accréditation normalisée d'une expertise médicale passerait par les étapes suivantes :

- l'HAS agrée un organisme chargé d'accréditer l'expert ou l'organisme expertal (collège d'experts) ;
- l'organisme agréé (OA-Accréditation) (cf. chapitre accréditation) audite et accrédite l'organisme expertal (expert ou collège d'experts) ;
- l'organisme expertal livre le produit de l'expertise (le rapport) ;
- le client (c.à d. le donneur d'ordre – le juge) reçoit en confiance un rapport en conformité avec les exigences de la norme NF X50-110.

Cela pourrait aboutir à créer de courtes listes d'experts accrédités utilisables de façon sélective par le juge pour les dossiers les plus délicats ou les plus difficiles dans chaque spécialité. Il conviendrait qu'elles soient étendues à l'ensemble des experts médecins en responsabilité médicale.

2 – mieux cibler, dans la nomenclature du décret du 10 juin 2005, le champ réel de compétence des experts et assurer l'évaluation, le suivi et la mise à jour de ce champ de compétence pour tout expert inscrit dans la base de données.

3 – créer un système informatique d'aide au choix pertinent de l'expert lors de sa désignation par le juge.

Ces propositions normatives rejoignent certaines remarques ou recommandations faites par les orateurs des thèmes précédents.

V - De la vérité scientifique à la vérité expertale : comment le juge s'approprie-t-il les connaissances médicales ? [20]

Garant de la vérité scientifique et technique, l'expert exprime la vérité expertale appliquée à la cause et à partir de laquelle le juge doit prononcer la vérité judiciaire [21].

Le juge est à la fois éclairé et embarrassé par cette interpénétration du savoir et du pouvoir. Il ne peut ignorer la vérité scientifique. Certes il n'est pas lié à cette vérité mais peut-il dépasser l'incertitude médicale pour prononcer, d'après son intime conviction, une vérité judiciaire ?

Les connaissances scientifiques ne seront recherchées qu'autant que nécessaire pour juger en toute sécurité, ce qui peut se traduire par deux formules : découvrir la vérité pour dire le droit et dire le droit pour affirmer une vérité.

Découvrir la vérité pour dire le droit

L'intégration de la vérité expertale dans la rhétorique judiciaire est un processus nécessaire dès lors qu'il faut connaître pour juger.

Toutefois la fusion des conclusions expertales et judiciaires dans la formulation de la solution trahit souvent une confusion des domaines de compétences respectifs de l'expert et du magistrat. Le juge exploite les données médicales comme si lui-même les maîtrisait.

Pour autant, la jurisprudence fait une utilisation pragmatique de la vérité médicale qui ne se voit pas reconnaître par la Cour de cassation une autorité singulière sur le seul fondement de sa nature. Le juge qui n'est pas lié par la vérité scientifique ne doit l'intégrer dans son raisonnement que lorsqu'elle participe à la construction de la solution qui sera tenue pour vérité judiciaire.

Dire le droit pour affirmer la vérité

Le droit fait *« l'aveu hautain de l'irréalité de son univers : la chose jugée n'est pas la vraie vérité ; elle est reçue par le bon peuple pour tenir lieu de vérité »* [22]. La vérité judiciaire aurait un coefficient élevé de relativité alors que les preuves scientifiques se présenteraient sous l'apparence d'un haut degré de fiabilité.

Quelles sont alors les garanties d'une interprétation pertinente de la vérité scientifique dans la rhétorique judiciaire ?

C'est d'abord, gérée par l'expert, la pertinence processuelle de l'expertise. Son non respect débouche sur la « critique externe » de l'expertise, celle de la forme. Ce n'est pas le propos de ce communiqué, sauf à s'attacher au respect du principe de la contradiction qui déjà débouche sur la « critique interne », celle du fond de l'argumentation expertale.

C'est la pertinence du contenu de l'expertise. Grâce au débat contradictoire, la « critique interne » affecte la vérité scientifique d'une relativité qui confère au juge une marge d'appréciation lui permettant de justifier qu'il retienne ou écarte tel ou tel argument de preuve malgré le doute soulevé par l'expert ou par la discussion des parties. Le juge s'attache moins au contenu de la connaissance qu'à son efficacité sur la motivation de sa décision. Il ne peut dépasser l'incertitude.

Science et incertitude sont indissociables [23] mais la mission du juge n'est pas de dire le vrai mais de dire le juste à partir du vrai.

Pourtant, puisqu'à des degrés variables, le juge s'approprie les connaissances médicales énoncées par l'expert, il importe bien que la compétence de l'expert et la qualité de son expertise soient irréprochables.

VI - Reconnaissance d'un expert, recevabilité d'une expertise aux Etats-Unis – Critères Daubert – Adaptation à la procédure expertale française ? [24]

Dans des procédures différentes (*common law / continental law*) mais présentant des points de convergence, la nécessité d'avoir des experts compétents rendant des avis fiables à un juge et/ou à un jury est la même.

Rappel historique

Longtemps l'expert témoin (*expert witness*), expert de partie, n'a pratiquement été soumis à aucune règle, permettant la présence dans les prétoires des Etats-Unis d'experts imposteurs et charlatans doués pour vendre leur science camelote (*junk science*).

L'arrêt Frye de 1923 y a mis fin par l'exigence du recours aux connaissances généralement admises (*general acceptance standard*). L'entrée en vigueur en 1975 des *Federal Rules of Evidences* (FRE) fut la première base de la recevabilité d'une expertise scientifique.

C'est l'arrêt Daubert rendu le 28 juin 1993 par la Cour suprême des Etats-Unis qui, sur la base de la règle 702 des FRE, a précisé les conditions de reconnaissance d'un expert et de recevabilité d'une expertise.

Les critères ou indices Daubert

Afin de mettre en œuvre la règle de preuve, les juges fédéraux doivent désormais exercer une évaluation préliminaire pour déterminer si le raisonnement ou la méthodologie qui sert de base au témoignage est scientifiquement valide et peut être appliqué aux faits en cause. La méthode proposée aux juges fédéraux [25] est celle du faisceau d'indices. Aucun critère n'est déterminant mais tous concourent à apprécier si l'expertise proposée a une validité scientifique. Cette « accréditation de l'expert » a lieu lors d'une audition préalable de l'expert par les juges, hors la présence des jurés. Elle offre l'avantage d'écourter la procédure lors du *trial* et de la *cross examination* lorsque l'expertise est déclarée recevable.

Le premier critère

« La théorie ou la technique- utilisée par l'expert – peut être ou a été testée ».

Le critère du statut scientifique d'une théorie est sa réfutabilité, c'est-à-dire son aptitude à se soumettre à une expérience scientifique susceptible d'un résultat positif ou négatif.

Le deuxième critère

« La théorie ou la technique a donné lieu à une évaluation par les pairs et à publication ».

Aucun obstacle juridique ne s'oppose à ce que des expertises soient fondées sur des théories non publiées. Elles peuvent reposer sur des bases scientifiques solides. Le simple fait d'avoir été soumises à la critique par le jeu des évaluations internes à la communauté scientifique est un gage de la fiabilité de l'expertise.

Le troisième critère

Il concerne l'appréciation statistique. Les juges doivent *« considérer le pourcentage d'erreurs connu ou potentiel de techniques scientifiques particulières ».*

C'est le principe de l'évaluation du niveau de preuve dans l' *« Evidence Based Medicine ».*

Le quatrième critère

C'est la survivance du *general acceptance standard,* apport de l'arrêt Frye de 1923, devenu un indice parmi les autres. Ce n'est plus qu'une présomption de validité simple et non irréfragable.

Adaptation à la procédure française ?

Adaptation ou convergence des exigences ?

1 – Les juges apprécient la compétence professionnelle de l'expert.

2 – Les juges doivent apprécier si les connaissances de l'expert correspondent à celles généralement admises par la communauté de spécialistes – Accréditation

3 – Les juges doivent évaluer le raisonnement de l'expert et la méthodologie expertale – Normalisation.

Les juges doivent s'investir dans une compréhension de plus en plus approfondie de la science.

Les experts doivent se plier de plus en plus aux exigences d'une expertise scientifique. Leur responsabilité scientifique et technique s'en trouve accrue.

VII - La responsabilité scientifique et technique des experts médecins en responsabilité médicale

A travers la jurisprudence française [26]

Soumis au droit commun, le principe de la responsabilité pour faute de l'expert quant au fond même de son avis reste admis en application des articles 1382 et 1383 du code civil.

« La responsabilité personnelle d'un expert judiciairement désigné, à raison des fautes commises dans l'accomplissement de sa mission, est engagé conformément aux règles de droit commun de la responsabilité civile ; qu'il en est ainsi même si le juge a suivi l'avis de l'expert dans l'ignorance de l'erreur dont son rapport, qui a influé sur la décision, était entaché » (arrêt Redaud, Cass. 2ème ch.civ, 8 octobre 1986).

Mais l'expert est médecin, aussi le « diagnostic expertal » est, à peine de faute, soumis aux mêmes exigences quant à la recherche et au respect des données acquises de la science que le « diagnostic médical » (arrêt Renucci, Cass. 2ème ch.civ, 24 novembre 1966).

Il y a des exigences particulières quant aux préjudices et à leurs liens de canssalité avec la faute.

Il faut que l'opinion de l'expert ait été la cause déterminante de la décision prise par le juge (arrêt Ruellan, Cass. 2ème ch.civ, 6 avril 1967).

Le respect du principe de la contradiction sous ses divers aspects, discussion avec les parties et leurs conseils en réunion expertale, échange d'observations avant le dépôt du rapport, pratique du « prérapport », source d'observations, sont des garde-fous de l'erreur matérielle ou scientifique et technique expertale. C'est, dans l'esprit, la *« cross examination »* en procédure française au cours de l'expertise, sans oublier le débat sur le rapport au cours de l'audience du procès au fond lorsqu'il a lieu. Au cours des dix dernières années il y a eu peu d'affaires mettant en cause la responsabilité de l'expert médecin, si ce n'est en raison du non respect du principe de la contradiction.

A travers les codes et les textes internationaux [21-27]

Il est exclu de faire une étude comparative du droit positif des différents pays de l'Union européenne.

Une approche téléologique revient, en revanche, à rechercher les causes et les effets de la responsabilité scientifique et technique de l'expert à partir de règles communément admises, c'est-à-dire d'un corpus juridique européen animé par le souci du respect de deux objectifs essentiels : celui de la dignité humaine et celui de la prééminence du droit.

Deux textes européens confortent l'intérêt d'une approche téléologique : la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) et le Traité de Lisbonne auquel est attachée la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

Le respect de la dignité humaine

La responsabilité scientifique et technique du médecin expert judiciaire implique le respect d'un certain nombre de droits substantiels de l'individu intimement liés au respect de sa dignité.

Au cours de ses missions le médecin expert se trouvera confronté au respect du droit de la vie, à l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants, au respect de l'intimité de la vie privée, au respect du double secret, médical et expertal.

La Cour européenne des Droits de l'Homme a eu à connaître, de façon variée et non exhaustive, des conditions d'exercice de la médecine pénitentiaire, des soins aux malades mentaux, de la violation de l'intimité personnelle, physique et morale, du droit à la connaissance des origines, de la confidentialité du dossier médical, des dérives dans les relations du médecin expert avec la presse.

Outre ces impératifs de respect des droits substantiels, la tâche particulière de collaborateur occasionnel du service public de la Justice, dévolue à l'expert, impose de sa part une parfaite connaissance et conscience de ce qu'il participe à l'efficacité et à la prééminence du droit dans son intervention au cœur même du procès.

Le respect de la prééminence du droit et la mission dévolue à l'expert

Au cœur du procès équitable, l'expertise équitable au sens de l'article 6 de la CEDH revêt une importance essentielle.

S'agissant de la personnalité de l'expert judiciaire, la Cour européenne des Droits de l'Homme a eu à connaître de son indépendance et de son impartialité au regard de la *« théorie de l'apparence »*.

En guise de conclusion

Force est de constater que dans l'ensemble des Etats européens, au-delà des lois et codes nationaux, de la qualité de l'expertise et de la connaissance par l'expert nommé par une juridiction des droits fondamentaux et de ses devoirs attachés au respect de ceux-ci, dépendra la crédibilité de la justice toute entière.

Ce faisant, parce qu'il participe au premier chef de la confiance que doit avoir le citoyen dans une institution, hors du respect de laquelle l'Etat de droit est en péril, une vigilance particulière s'impose au nom de l'intérêt général quant au choix et à la formation des experts.

Cette remarquable conclusion du dernier des thèmes de ce rapport, le plus philosophique, ouvre de façon pragmatique sur des recommandations qui se sont fait jour tout au long des exposés des orateurs auditionnés par le groupe de travail.

Conclusion

La compétence scientifique et technique de l'expert et la qualité de l'expertise dans les litiges en responsabilité médicale ont des conséquences parfois lourdes sur la décision finale de justice.

Une étude aussi exhaustive que possible des différents aspects de cette question a permis de faire ressortir certaines faiblesses du système judiciaire français.

Sans s'immiscer dans l'imperium du juge qui désigne et missionne l'expert, l'Académie Nationale de Médecine, garante de la qualité scientifique et technique de la médecine, suggère des recommandations. Elles concernent successivement l'inscription sur les listes, le choix de l'expert ou du collège d'experts au moment de leur désignation et le déroulement de l'expertise.

Au-delà de ces recommandations, l'Académie Nationale de Médecine souligne la nécessité d'explorer deux voies de recherche concernant l'accréditation des experts médecins et la normalisation de l'expertise :

- Une procédure d'accréditation authentique d'experts devrait être mise en place sous le contrôle de l'HAS et avec le concours des organismes agréés pour l'accréditation dans les différentes spécialités médicales dites « à risques ».

- Conçue dans l'esprit de la norme AFNOR NF X50-110 qui certifie la maîtrise de la conduite de l'expertise et renforce la confiance dans l'expertise, cette procédure d'accréditation expertale normalisée créerait de courtes listes d'experts accrédités utilisables de façon sélective par le juge dans chaque spécialité. Il conviendrait que cette accréditation soit étendue à l'ensemble des experts médecins en responsabilité médicale
- Ces « experts accrédités » pourraient, sous certaines conditions, avoir accès au portail d'informations créé par l'accréditation des médecins et équipes médicales : pré-requis de la spécialité et base de recueil et de traitement des informations anonymisées sur les évènements porteurs de risques (base REX).

NB : Ce rapport, rédigé courant mars 2011 et adopté par le Conseil d'administration de l'Académie Nationale de Médecine (ANM) le 2 mai 2011, a fait l'objet d'une mise à jour tenant compte des travaux les plus récents parus depuis ces dates et avant la présentation en Assemblée plénière le 4 octobre 2011.

Les recommandations qui en sont l'aboutissant ne sont pas en contradiction avec l'analyse et les conclusions du « Rapport de la Commission de réflexion sur l'expertise » [28] – instituée par la lettre de mission du Ministre d'État, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés en date du 25 mai 2010 – et les préconisations qui en découlent.

Mais les recommandations de l'ANM sont exclusivement ciblées sur la compétence scientifique et technique de l'expert et la qualité de l'expertise en responsabilité médicale. Elles rejoignent certaines des préconisations du rapport au Ministre consulté après la rédaction du rapport de l'ANM. Cette communauté de vue renforce leur pertinence. Elles vont au-delà des préconisations du rapport au Ministre qui ne traitent pas de la compétence scientifique et technique des experts médecins, justifiant ainsi le travail réalisé au sein de l'ANM dont on peut regretter qu'elle n'ait pas été consultée par le Groupe de réflexion ministériel.

Recommandations

L'Académie Nationale de Médecine ne peut se tenir à l'écart des problèmes médico-juridiques posés par la compétence scientifique et technique des experts et la qualité des expertises en responsabilité médicale. A partir du rapport qu'elle a établi, l'ANM émet les recommandations pratiques suivantes :

A propos de l'inscription sur les listes

1 - L'expert médecin, dans une affaire en responsabilité médicale, doit être de formation et expérience scientifique et/ou technique au moins égales à celles de ses pairs dans la spécialité concernée par l'avis demandé.
2 - Lors de l'instruction du dossier d'un candidat à l'inscription sur une liste d'expert, la pratique de l'entretien avec un ou deux membres rapporteurs de la compagnie d'experts ou de la commission de la CNAMed, choisis dans la même spécialité, doit être étendue.
3 - La nomenclature des rubriques expertales doit être revue avec plus de précision et faire mention des sur-spécialités. Une véritable banque de données informatisées et régulièrement contrôlées serait mise à la disposition du juge qui choisit et missionne l'expert.

A propos de la désignation de l'expert

4 - Il faut développer la pratique des expertises collégiales dans les dossiers les plus difficiles du point de vue scientifique et technique.

- Le collège d'experts pluridisciplinaire devrait s'adresser à la mise en cause dans le cadre d'une chaîne de soins.
- Le collège d'experts monodisciplinaire (2 ou 3 membres) serait réservé aux dossiers les plus délicats.
- Dans tous les cas, un rapport commun s'impose pour éviter au magistrat de s'impliquer dans le débat épistémologique médical.
- Le recours à un technicien associé (sapiteur) doit rester légitime lorsque, sur un point précis de sa mission, l'expert ou le collège d'experts a besoin d'un avis scientifique ou technique particulièrement « pointu ». Le sapiteur n'est pas un co-expert.

5- Pour un bon respect de l'impartialité, la délocalisation de l'expertise est à privilégier chaque fois qu'il y a lieu d'éviter le risque d'une confraternité, voire d'un corporatisme local.
6 - Le juge doit disposer de tous les moyens pour rechercher l'expert le plus en adéquation avec l'affaire en cause, ne fut-il pas l'expert le plus habituellement désigné.
7 - Le juge, dans un dossier délicat, pourrait recourir, dans le cadre de la « *conférence* », a une audition de l'expert missionné en présence des parties (art. 266 du code de procédure civile), dans l'esprit des critères Daubert.

A propos du déroulement de l'expertise

8 - L'indépendance de l'expert doit faire l'objet d'un contrôle et peut donner lieu soit à une déclaration orale de principe devant les parties au cours de la réunion expertale (avec mention dans le rapport), soit plus rarement à une « déclaration publique d'intérêt » si la position personnelle de l'expert est susceptible d'ouvrir un conflit d'intérêt intellectuel ou financier suscitant un procès d'intention soldé par une récusation. De plus tout manquement pourrait être sanctionné, en application extensive de la loi relative au renforcement de la sécurité

sanitaire du médicament et des produits de santé adoptée par l'Assemblée Nationale le 4 octobre 2011 et transmise au Sénat).
En outre l'expert doit savoir se déporter selon les mêmes critères que le juge (art. 234 du code de procédure civile). Il doit être impartial, c'est-à-dire en dehors des parties.
9 – Le respect du principe de la contradiction par l'expert est l'un des facteurs de contrôle de sa compétence et de la validité de l'expertise. Outre l'expert, il revient au juge et aux parties d'y veiller.
10 - L'expert doit recevoir, automatiquement et non seulement sur sa demande, une copie des décisions de justice ou des avis des CRCI rendus au vu de son rapport (art. 284-1 du code de procédure civile), pour un retour instructif sur la qualité du travail qu'il a fourni (retour d'expérience).
La pratique des fiches d'évaluation de la qualité de l'expertise par les juridictions du fond pourrait être développée.

Au-delà de ces recommandations

L'Académie Nationale de Médecine souligne la nécessité d'explorer des voies de recherche concernant l'**accréditation** des experts médecins et la **normalisation** de l'expertise pour une amélioration de la **qualité** et de la **confiance** dans les expertises en responsabilité dans les domaines de la santé.
Une liste nationale d'experts accrédités commune à toutes les juridictions parait souhaitable, même si elle n'est pas encore à l'ordre du jour.
Exiger des experts compétents et indépendants, c'est protéger les justiciables et l'institution judiciaire toute entière.

Bibliographie

[1] DUMOULIN L. – L'expert technicien, témoin ou acteur de justice ? – Journée Européenne de droit : « Juger en Europe » , Nancy, novembre 2006

[2] DUMOULIN L. – Quelques problèmes sociologiques autour de l'expertise et de l'expertise judiciaire – Droit et Justice, 2010, 35, 8-9

[3] Centre de Recherches et d'Etudes Sociologiques Appliquées de la Loire (CRESAL) – « Situation d'expertise et socialisation des savoirs » - Table ronde, Saint Etienne, 14-15 mars 1985

[4] BERRIAT-SAINT-PRIX J. – Cours de procédure civile à la faculté de droit de Grenoble – Grenoble Impr. J. Allier, 1811 (2ème éd.), p.274

[5] HABERMAS J. – La technique et la science comme idéologie – Gallimard, 1973, 211p

[6] TREPOS J .Y. – La sociologie de l'expertise – PUF Paris, coll. « Que sais-je ? », 1996, p.50

[7] DUMOULIN L. – L'expertise comme nouvelle raison politique ? Discours, usages et effets de l'expertise judiciaire – Thèse de science politique, Grenoble 2001 – Economica édit. « collection Etudes politiques », 2007 : « L'expert dans la justice – De la genèse d'une figure à ses usages »

[8] MATET P. – L'expertise judiciaire : la forme, le fond, l'image – Experts, 2006, 72, 10-11

[9] CNAMed – Rapport au Parlement et au Gouvernement – Année 2009-2010

[9] HUET G. – Rapport d'information sur l'indemnisation des victimes d'infections nosocomiales et l'accès au dossier médical – Assemblée Nationale, 8 juillet 2009

[11] HUREAU J., HUBINOIS P. – La médecine systémique et la culture qualité-sécurité – *in* L'expertise en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel – Elsevier-Masson édit. Paris 2010, 3ème éd. p. 180

[12] DAVID G., SUREAU C. – De la sanction à la prévention de l'erreur médicale. Propositions pour une réduction des évènements indésirables liés aux soins – Lavoisier édit. 2006

[13] DEGOS L. – Réponse sur une question de J. Hureau à propos de l'insécurité juridique dans le signalement des évènements porteurs de risques – ANM séance du 3 octobre 2006 – Bull. Acad. Natle Méd., 2006, 190, n° 7, p.1338

[14] BARÈGES B. – Rapport du 11 décembre 2003 devant la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, pour la loi du 11 février 2004 modifiant la loi de 1971

[15] HUREAU J. – Rapport pour la Santé au Colloque des 19 et 20 mars 2004 à Versailles sur « Entre le magistrat et l'avocat : l'expert » - Compagnie des Experts près la Cour d'appel de Versailles, édit. 2004, p. 436-442

[16] KÉRISEL J.B. – Allocution de clôture au Colloque des 19 et 20 mars 2004 à Versailles sur « Entre le magistrat et l'avocat : l'expert » - Compagnie des Experts près la Cour d'appel de Versailles, édit. 2004, p. 457-462

[17] Norme NF X50-110 « Qualité en expertise – Prescriptions générales de compétence pour une expertise » - AFNOR édit. 2003

[18] TUFFÉRY G. – Normalisation et certification des pratiques de l'expert : une première norme, NF X 50-110 – Experts 2008, n° 78, 54-56

[19] TUFFÉRY G. – La charte nationale de l'expertise scientifique et technique. Une nouvelle action gouvernementale en faveur de la qualité de l'expertise publique – Experts 2010, n° 90, 46-50

[20] DALBIGNAT-DEHARO G. – Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé – LGDJ – EJA édit. Paris 2004

[21] HUREAU J., de FONTBRESSIN P. – La responsabilité de l'expert de justice – Revue Lamy Droit civil 2009, 66, 57-62

[22] CARBONNIER J. – Droit civil. Introduction, PUF, 27ème éd. 2002

[23] HUREAU J. – La preuve scientifique appliquée à l'expertise en médecine – *in* L'expertise en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel – Elsevier-Masson édit. Paris 2010, 3ème éd. p. 175
[24] ENCINAS DE MUNAGORRI R. – la recevabilité d'une expertise scientifique aux Etats-Unis – Revue Internationale de droit comparé, 1999, 51, n° 3, 621-632
[25] Reference Manual of Scientific Evidence for use with moore's federal practice – Federal Judicial Center 2000, Washington, D. C. Lexis Publishing 2000
[26] BERGOIGNAN-ESPER C., SARGOS P. – Les grands arrêts du droit de la santé, Dalloz édit. Paris 2010
[27] Convention européenne des Droits de l'Homme – Editions du Conseil de l'Europe, 1995
[28] BUSSIERE C., AUTIN S. – Rapport de la Commission de la réflexion sur l'expertise – remis au Garde des Sceaux – mars 2011
[29] Cour de Justice de l'Union européenne : Décision préjudicielle – Arrêt du 17 mars 2011 (aff. Penarroja).

AUDITIONS DES CONFÉRENCIERS

Le rapport qui précède n'est que le reflet des riches exposés des personnalités compétentes auditionnées par le groupe de travail sur les grands thèmes qui ont été débattus. Ils se sont enchaînés de façon logique.

I - La place de l'expert médecin dans une instance en responsabilité médicale [1-2]

avec Laurence DUMOULIN – Docteur es sciences politiques, chargée de recherches au CNRS, ENS de Cachan

Quels rapports juges et experts entretiennent-ils dans le processus judiciaire ?

La question est à la fois simple et complexe.

L'expertise judiciaire est une situation formalisée de *« rencontre entre une conjoncture problématique et un savoir spécialisé »* [3]. Dans le contexte judiciaire, cette situation peut prendre des formes juridiques différentes (constatations, consultations, expertises, examens médico-psychologiques…) qui ont en commun de faire intervenir des savoirs, savoir-faire spécialisés mais extérieurs au champ juridique. Les experts médecins interviennent de fait dans ces procédures au nom d'une légitimité de type scientifique indissociable toutefois d'une légitimité judiciaire (avoir été investi par la justice). Leur présence dans l'instance est certes fondée sur la maîtrise d'une spécialité scientifique et technique mais l'inscription sur les listes d'experts et/ou la désignation pour une mission fonctionnent de fait comme une attribution d'identité fortement liée à l'institution. Les experts de justice sont toutefois des acteurs du procès un peu particuliers, en tant qu'ils sont certes définis comme des techniciens auxquels les magistrats font appel, mais ils ne sont pourtant ni professionnels du droit, ni professionnels de justice, ni même professionnels de l'expertise. Ce sont des professionnels de leur discipline [(1)]. Cependant leurs conclusions n'engagent pas les magistrats qui restent libres de les apprécier et de les utiliser ou non dans la prise de décisions et le jugement [(2)].

D'un point de vue sociologique cette conception de l'expert, collaborateur occasionnel de la justice ou du juge, qui intervient ponctuellement et sur un registre strictement technique et scientifique, doit être mise en perspective et relativisée avec les apports notamment de la sociologie des organisations.

1 – Pour l'ordre juridictionnel administratif, les experts sont considérés comme des collaborateurs occasionnels du service public de la justice ce qui entraîne la mise en jeu de la responsabilité administrative et financière de l'Etat, sauf faute grave détachable du service de la part de l'expert (Arrêt Aragon – CE, 26 février 1971).
Pour l'ordre judiciaire (civil, pénal, commercial) *« L'expert, considéré comme un collaborateur occasionnel du juge, est investi de ses pouvoirs par celui-ci et ne peut être choisi que par lui dans un litige donné »* (CC-2ème Ch.civ.- arrêt du 10 septembre 2010).
Le Conseil national des compagnies d'experts de justice (CNCEJ) souhaiterait harmoniser les deux positions de droit. L'expert serait alors considéré comme un « *collaborateur occasionnel du service public de la justice, remplissant une fonction réglementée, dans une mission d'intérêt public au service de l'autorité publique de la justice représentée par le juge qui le commet* » (Commission juridique et Comité de réflexion – Poitiers, 23 septembre 2010).
2 – La loi du 4 mars 2002 (Titre IV) a institué des Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) en vue d'indemniser les risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé lorsque la responsabilité d'un professionnel , d'un établissement, service, organisme ou d'un producteur de produit n'est pas engagée et lorsque le taux d'incapacité permanente ou la durée de l'incapacité temporaire atteint un seuil fixé suffisamment important. La composition des CRCI est hétérogène. Présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire elles comprennent des membres issus des associations d'usagers de santé, des professionnels de santé, des établissements de santé publics et privés, des représentants des assureurs et des personnes qualifiées en réparation des préjudices corporels. L'avis des experts en accidents médicaux nommés par les présidents de CRCI porte sur la recevabilité de la demande (niveau du préjudice), sur la mise en cause ou non d'une responsabilité fautive de l'acteur des soins et sur l'évaluation des différents postes de préjudices susceptibles d'être retenus. La CRCI prend acte des conclusions de l'expert mais n'a pas, comme un juge des ordres juridictionnels, la liberté de les apprécier. L'expert de CRCI joue de ce fait le rôle d'un juge. La CRCI devient une chambre d'enregistrement qui peut toutefois évaluer la valeur du rapport rendu avant transmission à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM). Des voies de recours juridictionnel sont prévues par la loi.

C'est une situation qui instaure des asymétries de statuts entre juge et expert (bien exprimée par les textes juridiques) mais aussi un rapport de contrainte réciproque au sens où le pouvoir peut ne pas être là où est l'autorité formelle : le juge a besoin de l'expert et parfois est complètement captif de lui ; dans cette situation, des biens matériels et symboliques multiples sont échangés (savoirs, argent, reconnaissance/prestige…), qui peuvent faire basculer le déséquilibre initial entre juge et expert.

La relation entre juge et expert, souvent pensée dans le cadre d'une affaire, d'un dossier, s'inscrit aussi dans un contexte organisationnel, structurel plus large. Le présent du dossier n'est pas le seul horizon des acteurs judiciaires : les relations sont engagées dans le temps et dans des logiques qui débordent le cadre de l'affaire singulière.

D'où la nécessité de prendre en compte les différents plans sur lesquels se jouent les interactions entre acteurs judiciaires et experts : le procès mais au-delà du procès, l'organisation judiciaire et ses propres contraintes, les espaces et logiques de « professionnalisation » des experts et leurs organismes de représentation dans une approche diachronique des textes juridiques : historique, sociologique, ethnographique.

L'expert et l'expertise : du technique au normatif

L'expertise ne peut être réduite à de simples opérations techniques ni au modèle juridique de l'expertise judiciaire. L'expertise est aussi et avant tout l'expression de jugements qui relèvent de plusieurs types de normativités dont les normes professionnelles.

La figure juridique de l'expert judiciaire

L'expert est un technicien qui, par sa maitrise d'une science médicale spécialisée, apporte au magistrat ses lumières dès lors qu'une question de nature technique ou scientifique se pose et fait problème.

Dès les origines les auteurs de doctrine ont affirmé la dissociation entre le juge et l'expert, la division des tâches et la répartition des rôles, ce qui a été parfaitement énoncé dès 1811 par Berriat- Saint-Prix : *« Les experts ne […] sont point des juges, mais des hommes destinés à fournir des renseignements au juge »* [4].

L'expert est un témoin. Il est *« les yeux et les oreilles du magistrat »*. Cette conception de l'expert est emblématique d'une conception *« décisionniste »* (J.Habermas) [5] des rapports entre science et pouvoir, dans laquelle le décisionnaire est omnipotent et l'expert un « prestataire de service » [(3)], presque neutre et transparent. En outre il ne peut donner son avis que sur les points qui lui sont expressément soumis par le jugement, sauf accord des parties et à s'en remettre au magistrat.

Le rapport d'expert, jugement normatif sur les faits

Le rapport d'expertise est un récit constitutif et explicatif du réel. Après l'exposé des constatations effectuées, la discussion des faits établis aboutit à la présentation synthétique des conclusions (réponses aux questions). L'expert a le pouvoir de constituer la réalité et, par une parole explicative, il propose l'interprétation des faits dont le sens n'est pas immédiatement accessible aux autres acteurs du procès. Il doit faire preuve de pédagogie en des termes simples pour que chacun, parties, avocats et juge, puisse y trouver par *« l'art de la pioche »*, la réponse aux questions qu'il se pose.

3 – L'expert ne peut être un prestataire de service au sens juridique. La prestation de service se rattache à une activité de caractère commercial, ce que n'est pas l'expertise. L'expertise n'est pas soumise au droit de la concurrence.

Le rapport technique est normatif. *« L'acte d'expertise est avant tout un jugement »* [6], ajoutons factuel. C'est le passage de la vérité scientifique, avec ses degrés de fiabilité, à la vérité expertale qui doit aboutir à la vérité judiciaire, celle du juge. Les experts émettent des jugements à partir de différents ordres de normativité : normes techniques et professionnelles ; normes, obligations et interdictions de nature juridique ; normes sociales générales et morales.

Du bon expert : professionnalisme ou professionnalisation

Le modèle du « bon expert » promu par les magistrats

Les critères suivants ressortent d'une enquête menée auprès des intéressés [7]. Ont été retenus :

- la bonne moralité de l'expert, condition *sine qua non* de l'inscription sur une liste car l'expert représente la justice. C'est l'Homme qui est appréhendé dans sa personnalité. Il ne doit pas y avoir le moindre soupçon d'ombre ;
- les compétences scientifiques et techniques attestant de la maitrise d'une spécialité, évaluées sur les diplômes, la durée de l'expérience, les travaux effectués (enseignement, publications, conférences…) ;
- la motivation à s'engager dans le service public de la justice ;
- le professionnalisme expertal : tout bon professionnel n'est pas forcément un bon expert. Il lui faut l'art de la pédagogie, les qualités de communication (acceptation de la discussion, de la contradiction), l'acquisition de la méthodologie expertale jusqu'à l'étape finale du rapport ; un « Pic de la Mirandole » ne fera pas forcément un bon expert ;
- enfin, la disponibilité et la réactivité pour souscrire en équité aux critères de temps (art. 6 de la CEDH) et de coût.

Professionnalisme ou professionnalisation de l'expert ?

Le profil décrit est celui d'experts « professionnalisés », non de professionnels de l'expertise puisque l'expert doit être avant tout un professionnel de sa discipline. Le meilleur expert est le professionnel compétent dans sa science et sa technique et qui a l'habitude de l'expertise.

Un tel « cheval à cinq pattes » est en position structurellement inconfortable. Le modèle juridique de l'expert judiciaire définit l'identité des experts au moins autant par l'exclusion que par l'inclusion : l'expert judiciaire est à la fois en dehors de la décision, en dehors du droit, et en dehors de l'organisation judiciaire. Ce qui est demandé aux experts, paradoxalement, c'est d'être transparents, voire escamotables du processus judiciaire alors même que le développement des connaissances et des techniques oblige de plus en plus le juge à faire appel à eux.

II – 1 -L'inscription et la réinscription d'un médecin sur les listes d'experts en procédure judiciaire dans l'état des textes [8]

avec Patrick MATET – Conseiller à la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation

De la théorie doctrinale à la réalité, quels sont les critères de compétence requis lors de l'inscription sur les listes ou lors de la désignation sur liste ou hors liste par le juge dans une affaire donnée ?

Dans le système français de l'expertise judiciaire, le processus de désignation de l'expert judiciaire possède deux traits saillants. Le premier tient au fait que c'est le juge qui

choisit l'expert et que la juridiction dispose d'un pouvoir souverain pour opérer cette sélection. Le second trait est lié au mode de sélection d'un expert par le juge : à cet égard, le juge puise le plus fréquemment le nom de l'expert qu'il va commettre dans une liste d'experts dressée par la cour d'appel ou la Cour de cassation.

Le juge choisit l'expert

En ce qui concerne le premier trait, il est aisé de comprendre que dans une procédure inquisitoire telle que la procédure pénale, le juge d'instruction ou le procureur qui fait appel à un expert le choisit. La procédure civile relevant plutôt de la procédure accusatoire, aurait pu disposer que la sélection de l'expert s'opérerait en participation avec les parties. Cependant, ce qui a prévalu c'est que l'expert est désigné pour éclairer le juge et qu'à ce titre ce juge est le mieux placé pour choisir celui qui l'assistera dans l'administration de la preuve.

Les listes d'experts

Le second trait caractéristique du système français, et qui est inséparable du premier, est à l'origine de l'institution des listes d'experts inscrits près les cours d'appel. En effet, le juge devant lui-même commettre l'expert de son choix, l'instauration des listes a permis de rationaliser le processus de sélection du juge en l'aidant par ces listes d'experts instituées officiellement en 1975. Le législateur a voulu créer un mécanisme ordonné pour éviter que le juge ne s'attache de façon répétitive à ne désigner qu'un même homme de l'art, soit parce qu'il n'en connaît pas d'autre, soit parce qu'il connaît l'homme de l'art ce qui témoigne de l'existence de liens entre eux, liens de nature à porter atteinte à l'indépendance et à l'impartialité de la Justice.

L'instauration de la liste d'experts

Elle brise tout monopole de l'expertise au profit de quelques uns et offre au juge un annuaire des experts classés par spécialités suivant une nomenclature unifiée au niveau national par un arrêté du Garde des Sceaux du 10 juin 2005. Sur l'annuaire des experts de chaque cour d'appel figure, pour chaque expert, l'indication de son âge et de ses diplômes. Pour les justiciables et leurs avocats la liste des experts est un facteur de transparence puisqu'elle contient des renseignements vérifiés sur chaque expert et que le justiciable peut s'assurer que l'expert commis par le juge relève bien de la spécialité concernée par l'expertise projetée.

La suppression de toute automaticité dans la réinscription

En 2004, la loi a introduit une profonde réforme du statut de l'expert judiciaire symbolisée par la mesure phare de la loi, à savoir un système d'inscription limitée dans le temps.

Elle a mis un terme définitif à ce qui avait été qualifié de « rente », évitant les inscriptions purement honorifiques destinées à l'usage exclusif du titre sur la carte de visite. Par ailleurs, l'inscription sans limitation de durée ne reflétait plus les mutations nombreuses de la vie professionnelle de l'homme de l'art. Le réexamen périodique de la situation de l'expert est, assurément, le gage d'un plus grand sérieux dans la tenue des listes et implique une démarche volontaire de l'expert qui doit déposer un nouveau dossier.

La règle de l'inscription temporaire

L'évaluation périodique de l'activité de l'expert.

La règle de l'inscription temporaire s'articule avec une évaluation périodique de l'activité expertale du candidat à la réinscription. En effet, l'expert est inscrit pour une première période de deux ans à titre probatoire, puis il est mis à l'épreuve et a l'obligation durant ces deux premières années d'acquérir la connaissance des principes directeurs du procès et des règles de procédure applicables à l'expertise. Ce mécanisme a été instauré pour réduire le risque d'annulation du rapport d'expertise pour manquement aux règles de l'indépendance et de l'impartialité ou pour violation par l'expert du principe de la contradiction qui veut que chaque personne soit appelée pour faire valoir ses observations.

L'inscription probatoire initiale de trois ans.

Outre ce qui en a été dit ci-dessus, rappelons que chaque année la Cour d'appel de Paris reçoit plus d'un millier de candidatures, toutes disciplines confondues, dont une centaine de candidatures de médecins à l'inscription sur la liste des experts. En 2010 ce sont 98 médecins et professionnels de santé qui se sont portés candidats. Approximativement une candidature sur dix est retenue. Cela correspond à peu prêt au nombre d'experts qui quittent la liste en raison de leur âge ou de leur changement de résidence. Au contraire d'autres régions dans lesquelles la démographie médicale est faible, la densité médicale de la région Ile de France est suffisamment élevée pour que la Cour d'appel de Paris ne subisse pas le choc d'une baisse des demandes d'inscription.

En 2010 la Cour d'appel de Paris a innové en provoquant une réunion des représentants des trois plus grands tribunaux du ressort avec le ministère public et le président de la compagnie des experts médecins près la Cour d'appel de Paris. L'objectif a été d'affiner les choix et d'échanger les informations mises à disposition pour discerner, parmi les candidats, ceux qui sont les plus aptes à participer au service public de la justice.

Les conditions de l'inscription et de la réinscription – Quel contrôle ?

Les conditions de l'inscription et de la réinscription sont énumérées dans la loi n°71-498 du 29 juin 1971 modifiée et dans son décret d'application du 23 décembre 2004. Elles concernent l'indépendance, la durée d'exercice, l'absence de condamnation, la qualification professionnelle.

Comme cela peut être observé, rien n'est dit quant aux compétences scientifiques et techniques de l'expert judiciaire.

Dans la vie professionnelle, la compétence est détenue par celui qui est expérimenté et cette compétence, l'homme de l'art l'acquiert par la pratique et l'expérience. Il est vrai que cette notion de compétence professionnelle n'est pas monolithique et qu'elle recouvre une combinaison de connaissance, de savoir faire, d'expérience et de comportement.

L'institution judiciaire s'est toujours appuyée sur les pairs des candidats pour s'assurer de l'activité des professionnels de toutes disciplines et spécialement, pour les médecins, sur les avis de l'Ordre des médecins et de la compagnie des experts médecins pour être éclairée sur la réalité de l'exercice médical du candidat et sur sa réputation.

Le système judiciaire français ne peut se désintéresser des compétences de l'expert alors que la Cour européenne des Droits de l'Homme a constaté, dans l'arrêt Mantovanelli c/France du 18 mars 1997, que l'avis de l'expert est susceptible d'influencer de manière prépondérante l'appréciation des faits par le juge.

En réalité, les juges procèdent à une appréciation des aptitudes, ce qui est différent de la compétence, à deux stades, soit à un contrôle *a priori* au moment de l'inscription et de la réinscription, soit à un contrôle *a posteriori* alors que l'expert est inscrit sur la liste de la cour d'appel, lorsqu'il est pressenti pour accomplir une mission déterminée.

Le contrôle a priori s'appuie sur plusieurs éléments :

- l'existence d'une formation continue technique, scientifique et procédurale ; mais celles-ci témoignent seulement du suivi d'une formation et non de l'acquisition des connaissances ;

- l'examen de la pratique expertale du candidat ; la cour d'appel porte un regard sur les cinq dernières années d'exercice de la fonction d'expert ; à cet égard, des fiches d'évaluation mettant en évidence la clarté de l'analyse, le caractère opérationnel des conclusions, le coût de la mesure… sont établies par les magistrats des juridictions qui ont eu à travailler sur les rapports d'expertise déposés par le candidat à la réinscription ; ces fiches réalisent une synthèse des éléments contenus dans le jugement quant à la qualité du rapport d'expertise et à la crédibilité de son auteur ;
- le contrôle de l'indépendance de l'expert ; cette condition d'inscription permet de s'assurer que des considérations autres que techniques ne viennent pas perturber son analyse ; à cet égard, la Cour d'appel de Paris considère qu'il existe un risque de dépendance pour que le médecin qui accomplit régulièrement des expertises pour les sociétés d'assurances et pour ce motif refuse d'inscrire ou réinscrire le candidat sur la liste des experts dressée par la cour d'appel lorsqu'un *courant d'affaires* se développe entre le médecin et la société d'assurances.

Le contrôle a posteriori s'articule autour des conditions dans lesquelles s'opère le choix de la personne apte à mener l'expertise : c'est la mise en adéquation du choix de l'expert avec la mission à effectuer.

Lors de la conférence de consensus judiciaire relative à l'expertise judiciaire tenue en novembre 2007 à la Cour de cassation, la question de l'adéquation de l'expert avec sa mission a fait l'objet d'une réflexion approfondie et il a été recommandé comme bonne pratique des juges que *« dans les cas d'urgence et dans les schémas simplifiés, le contrôle de l'adéquation de la compétence de l'expert pressenti avec la mission soit fait par référence à la proposition des parties ou par l'appartenance de l'expert à une liste dans la rubrique adéquate, telle qu'elle est tenue par le service des expertises »*.

Il faudrait pour cela affiner les rubriques expertales dans des listes qui seraient à disposition des juges par voie informatique, en particulier lors des séances de référés.

Il est nécessaire, notamment dans le domaine très spécifique de la responsabilité médicale, qu'un vrai débat s'engage entre le juge et les parties lorsque le premier ordonne une expertise, pour affiner le choix de l'expert et discuter des capacités de celui-ci à accomplir la mission qui va lui être confiée. Une telle procédure, dans l'esprit de la « conférence » préconisée par l'article 266 du code de procédure civile, est, comme celle-ci, difficile à généraliser pour des raisons de disponibilité.

Point n'est besoin de définir des critères aussi rigides que ceux que la Cour suprême américaine a développés en 1993 dans l'arrêt Daubert. Le contrôle préalable de la crédibilité de l'expert y sert à écarter les imposteurs.

Il serait néanmoins opportun d'emprunter au débat américain pour discuter des compétences de l'expert préalablement à sa désignation définitive. Ce thème sera développé.

Cet état des lieux fait apparaître une des faiblesses du système judiciaire français puisqu'il n'organise pas systématiquement de débat autour des compétences de l'expert. En effet, l'inscription sur les listes masque toute discussion relative aux compétences techniques et scientifiques de l'expert dans l'affaire pour laquelle il est pressenti.

II – 2 - Des listes d'experts spécifiques

Deux cas particuliers méritent d'être exposés :
- la désignation des experts par les juridictions administratives : l'augmentation du contentieux des mises en cause des établissements publics de soins a fait progresser le nombre des missions confiées à des experts médecins par ces juridictions ;

- la création, par le Titre IV de la loi du 4 mars 2002, d'un mode de réparation, dans certaines conditions précises, des préjudices liés à des risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé hors responsabilité fautive des organismes ou acteurs de soins : elle a abouti à la création d'une liste nationale d'experts en accidents médicaux gérée par la Commission nationale des accidents médicaux (CNAMed).

Les listes d'experts près les tribunaux administratifs

Jusqu'à un passé récent les tribunaux administratifs désignaient des experts choisis sur les listes de cours d'appel ou hors liste. Seule la Cour administrative d'appel de Paris avait créée sa liste spécifique, maintenant conjointe avec la Cour administrative d'appel de Versailles. Bien que longtemps réticentes d'autres cours administratives d'appel (4 sur 8) établissent actuellement leur propre liste. Il n'y a pas encore de liste nationale auprès du Conseil d'Etat équivalente à la liste nationale auprès de la Cour de cassation.

Il résulte de ces origines historiques que les critères d'inscription retenus, en particulier pour Paris-Versailles, sur ces listes « administratives » sont très proches de ceux de la sphère judiciaire. Néanmoins une innovation intéressante est à retenir. La liste, établie sous le contrôle de la Compagnie des experts près ces deux cours administratives d'appel, sélectionne de façon préférentielle des experts des listes près les cours d'appel parmi les plus compétents et en fonction des besoins des cours ; <u>les membres responsables de la compagnie d'experts auditionnent les candidats</u> à l'inscription sur leurs motivations, compétences et formation procédurale avant de les proposer.

La liste nationale des experts en accidents médicaux de la CNAMed

La loi du 4 mars 2002 (art. L. 1142-10 et 11) prévoit la constitution et la gestion par la CNAMed d'une liste nationale d'experts en accidents médicaux (cf. note 2). A titre transitoire, elle prévoyait pendant un délai de 4 ans à compter de son entrée en vigueur (30 décembre 2005) un double accès pour les candidats :
- des candidats issus des listes d'experts près les cours d'appel (loi du 29 juin 1971 modifiée),
- des candidats hors liste de cours d'appel mais « *particulièrement qualifiés en accidents médicaux* », sous réserve, pour être maintenus sur la liste, qu'ils soient inscrits dans les 4 ans suivant leur recrutement sur une liste d'experts judiciaires.

Le délai pour une telle double entrée étant actuellement écoulé, la liste nationale des experts en accidents médicaux ne peut plus recruter qu'au sein des listes d'experts près les cours de justice.

Les conditions d'inscription sur la liste nationale des experts en accidents médicaux ont été fixées par décret n° 2004-1405 du 23 décembre 2004 :
- le candidat a exercé son activité professionnelle durant au moins 10 ans,
- il n'a pas cessé cette activité depuis plus de 2 ans lors de sa demande,
- il justifie d'une participation à au moins 80 expertises,
- il justifie d'une formation en responsabilité médicale ou, selon les cas, il atteste d'une qualification en accidents médicaux,
- il signe sur l'honneur une déclaration d'indépendance.

Le dossier est instruit par un ou deux rapporteurs qualifiés qui peuvent recueillir l'avis du président de l'Ordre professionnel et de la juridiction auprès de laquelle l'expert est déjà inscrit. Après audition des rapporteurs, la CNAMed peut se faire communiquer tout renseignement ou document et procéder à toutes auditions utiles, dont celle du candidat.

Lors du renouvellement de candidature à 5 ans un contrôle est exercé sur l'actualisation des connaissances tant scientifiques et techniques que procédurales du candidat et sur la qualité des travaux expertaux effectués.

S'agissant d'experts déjà sélectionnés par une inscription sur une liste judiciaire, ces conditions sont réductrices du nombre de candidatures. Or les besoins des CRCI en quantité et en qualité d'experts disponibles sont grands. En 2009-2010 elles ont eu à traiter 4271 demandes d'indemnisation dont 3287 ont nécessité la désignation d'un expert [9]. Sur l'ensemble des CRCI la proportion d'experts sollicités hors listes des experts judiciaires ou liste nationale des experts en accidents médicaux a été de 8%. Elle est en diminution (13% en 2008-2009 ; 18% en 2007-2008).

Le Professeur A.Lienhart, vice-président de la CNAMed, fait remarquer que le système actuel fait de cette liste des experts en accidents médicaux une sélection des experts inscrits près les cours, voire agréés par la Cour de cassation. C'est, dit-il, inverser les valeurs : les expertises pour les CRCI sont les moins prestigieuses, les moins rémunérées et doivent être rendues dans des délais très courts tandis que les mêmes experts inscrits sur les listes de juridiction peuvent être désignés par les magistrats dans les procédures juridictionnelles après recours aux CRCI.

Comme les auteurs du rapport G.Huet (proposition 13) [10] il suggère, pour élargir le recrutement des experts pour les CRCI tout en maintenant un contrôle de qualité, de *« pérenniser la possibilité d'inscrire sur la liste nationale des experts en accidents médicaux des praticiens qui ne sont pas déjà inscrits sur une liste d'experts judiciaires, mais justifient d'une formation et d'une pratique expertale en accidents médicaux »* [9].

« Or la loi actuelle exclut cette possibilité, ce qui aboutit à une double population d'experts travaillant pour les CRCI : d'un côté des experts chevronnés inscrits sur la liste nationale des experts médicaux, à l'opposé des gens qui ne sont inscrits sur aucune liste ***et pour lesquels il n'existe aucune garantie*** *»*.

II – 3 – De l'auto-évaluation des experts « listés »

L'établissement de listes fiables et l'adéquation de l'expert missionné ne peuvent s'effectuer sans le concours d'experts (ou candidats experts) d'une honnêteté intellectuelle irréprochable.

Lors du dépôt de la candidature

Grace aux apports de la loi de 1971 modifiée et à l'établissement d'une nomenclature des rubriques expertales, les experts « multi-cartes » aux prétentions d'omniscients pluri-spécialistes ont disparu. Leur propension à vouloir « ratisser large » dans la quête aux missions a longtemps pu tromper, voire séduire, les magistrats les plus chevronnés. C'était l'antithèse de l'expert « carte de visite » qui avait tendance à fuir les désignations.

L'expert nouveau modèle se doit de cibler dans les rubriques la spécialité de sa compétence et de préciser sa ou ses surspécialités pour une meilleure information du juge et des parties.

Lors de la réception d'une mission

L'expert qui ne s'estime pas en adéquation avec la mission pour laquelle il est désigné doit se déporter avec motivation de sa décision au juge. Il évitera la récusation, une perte de temps et un surcoût inévitables et aidera à une meilleure administration de la justice.

L'expert ne doit jamais oublier qu'il va donner un avis sur l'action d'un de ses pairs pour lequel la décision judiciaire finale peut être très lourde de conséquences.

III – De l'accréditation des praticiens à l'accréditation des experts en responsabilité médicale ?

avec Jean Michel CHABOT – Professeur de santé publique, Conseiller médical auprès du directeur de l'HAS, responsable du service « Evaluation des pratiques professionnelles »

L'expert qui donne un avis sur l'action d'un de ses pairs doit être de formation et d'expérience scientifiques et techniques au moins égales à celles de celui-ci.
C'est pourquoi le groupe de travail a tenu à s'informer et à réfléchir sur les derniers développements en matière d'accréditation de la qualité de la pratique professionnelle des médecins et des équipes médicales exerçant en établissements de santé (ES), en particulier dans les disciplines à risques, celles qui fournissent le plus gros du contentieux en responsabilité médicale.

Dans l'esprit de l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, des textes récents ont été promulgués sous l'impulsion de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles. Deux sont particulièrement à retenir : le décret n° 2006-909 du 21 juillet 2006 relatif à l'accréditation des médecins et des équipes médicales, et l'article 59 de la loi HPST n° 2009-279 du 21 juillet 2009 concernant le « développement professionnel continu » (DPC) pour une amélioration de la qualité et de la sécurité des soins.

L'accréditation des médecins

L'accréditation des médecins est un dispositif volontaire de gestion des risques. Elle a pour objectif d'améliorer la pratique médicale en ES pour la réduction des risques qui y sont associés.

Le médecin acteur singulier fait place à l'équipe, au réseau, à la chaîne de soins. C'est la médecine systémique qui a pour corollaire la culture qualité-sécurité [11-12].

L'accréditation est une évaluation formative de la qualité de la pratique professionnelle des médecins et des équipes médicales.

Ce n'est ni un contrôle des connaissances scientifiques et techniques dans sa conception universitaire ni une évaluation sanction des procédures.

Elle s'inscrit dans le cadre du développement professionnel continu (DPC).

Le développement professionnel continu

« Le DPC a pour objectifs l'évaluation des pratiques professionnelles, le perfectionnement des connaissances, l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins ainsi que la prise en compte des priorités de santé publique et de la maitrise médicalisée des dépenses de santé. Il constitue une obligation pour les médecins » (art. L. 4133-1 du code de la santé publique – CSP).

Dans le DPC trois dispositifs se recoupent :
- l'évaluation des pratiques professionnelles (EPP) qui concerne tous les professionnels de santé et qui a pour objectif l'amélioration de ces pratiques ; c'est une évaluation formative (art. 59 de la loi HPST) ;
- la certification des établissements de santé qui a pour objectif l'amélioration de la prise en charge des patients en vérifiant la conformité des ES aux exigences d'un manuel faisant

référence ; elle concerne la mise en œuvre de méthodes et d'outils d'amélioration des pratiques professionnelles ; c'est une démarche obligatoire pour tous les ES (ordonnance du 24 avril 1996) ;
- l'accréditation des médecins et des équipes médicales dont les objectifs ont été exposés en préambule concerne les médecins ou les équipes des ES pratiquant une spécialité ou activité à risques (art. D. 4135-2 du CSP) ; c'est une démarche volontaire qui a valeur d'EPP pour ceux qui y souscrivent.

La mise en œuvre de l'accréditation

C'est une démarche de gestion du risque.

Les médecins sont les acteurs clés du système. Ils déclarent les évènements porteurs de risques médicaux (EPR) auxquels ils sont confrontés dans les ES où ils exercent. Ils mettent en œuvre les recommandations individuelles résultant de l'analyse des EPR qu'ils ont déclarés. Ils mettent en œuvre les référentiels et les recommandations de leur spécialité résultant de l'analyse de la base de retour d'expérience, des études de risques et de la veille scientifique. Ils participent aux activités du programme d'amélioration de la sécurité des pratiques de leur spécialité.

Des organismes agréés (OA – Accréditation) par la HAS gèrent le dispositif en instruisant les demandes d'accréditation, en évaluant si les médecins satisfont à leurs obligations, en transmettant des avis d'accréditation à la HAS ; ils assurent la gestions des risques par spécialité en recueillant et en analysant les EPR, en élaborant les référentiels et les recommandations, en définissant le programme d'amélioration de la sécurité des pratiques médicales de la spécialité et en accompagnant les médecins.

La Haute Autorité de Santé (HAS) est chargée de définir et d'organiser le dispositif : agréer les organismes (OA-Accréditation), délivrer les décisions d'accréditation, organiser la mise en commun des données issues de la gestion des risques par spécialité, approuver les recommandations et les référentiels et administrer la base de données de retour d'expérience.

Les organismes agréés pour l'accréditation

Les OA-Accréditation agréés par la HAS sont les seuls opérateurs de la démarche. Il existe un seul organisme agréé par spécialité concernée par l'accréditation. La liste en est régulièrement mise à jour. Ces organismes ont été choisis parmi les diverses structures nationales représentatives des spécialités : collèges, sociétés savantes, regroupements de spécialités sous forme de fédérations, association, conseils nationaux… Il existe à ce jour dix-sept OA-Accréditation (Annexe III). Elles concernent les 21 spécialités dites « à risques » (art. D. 4135-2 du CSP).

Le rôle de ces OA-Accréditation est très important dans le processus. L'engagement d'un médecin ou d'une équipe se fait après vérification par l'organisme agréé que les pré-requis de la spécialité sont satisfaits. Les pré-requis de la spécialité entrent dans la constitution du référentiel-risque de la spécialité. Ils définissent le niveau minimal de qualité et de sécurité des pratiques qui doit être respecté pour s'engager dans l'accréditation. Ils sont constitutifs d'un ensemble d'exigences sur la qualité et la sécurité des pratiques du médecin et éventuellement de l'ES où il exerce. Les pré-requis sont définis par l'organisme agréé puis validés par la « commission risques » dans chaque spécialité avant d'être actifs. La satisfaction aux pré-requis de la spécialité est vérifiée à l'aide du questionnaire d'auto-évaluation complété par le médecin souhaitant s'engager dans le dispositif d'accréditation.

L'attestation d'engagement est alors délivrée par l'organisme agréé pour l'accréditation de la spécialité opératrice de la démarche.

Anonymisation du processus de recueil et de traitement des informations sur les évènements porteurs de risques (EPR)

La démarche d'accréditation rend incontournable le passage par un portail informatique contrôlé par la HAS [13].

Ce portail permet aux médecins engagés dans l'accréditation d'entrer dans la base de retour d'expérience (base REX) et de dialoguer à distance avec les experts de leur organisme agréé de spécialité. Cette base a été développée et validée par la HAS qui l'administre et la met à disposition de tous les acteurs (médecins et organismes agréés) de l'accréditation. La confidentialité est assurée par des droits d'accès spécifiques ; la HAS n'a pas accès aux portails des spécialités.

Cette base sert à la gestion des risques de la spécialité avec :

- collecte et anonymisation des EPR déclarés par les médecins et analysés avec les experts des OA-Accréditation pour un partage d'expérience ;
- exploitation des informations (recherche par mots-clés, requêtes multi-critères, corrélation de données…) ;
- partage des connaissances (mise en œuvre de référentiels de qualité des soins ou de pratiques professionnelles, diffusion de messages de mise en garde …).

La déclaration et l'analyse des EPR ne sont pas conduites dans un but de recherche de responsabilité mais dans celui d'un enseignement visant à empêcher la récidive de l'évènement déclaré. L'anonymisation élimine toutes les informations concernant la source de l'évènement ne permettant plus de le relier ni au médecin ni à son établissement ni à un patient.

Cette base sert d'autre part à la gestion administrative des dossiers des médecins pour l'instruction et l'évaluation des demandes d'accréditation des médecins ainsi que pour la transmission à la HAS des avis d'accréditation.

Le système d'information garantit un haut niveau d'exigence en matière de confidentialité, de sécurité et de disponibilité. Il assure la confidentialité des données (il est impossible d'espionner les informations échangées), l'intégrité des données (il est impossible de truquer les informations échangées) et l'authentification des utilisateurs (il permet de s'assurer de l'identité de l'utilisateur).

Moyens incitatifs à l'engagement dans l'accréditation

Pour le médecin l'accréditation permet de satisfaire à l'obligation d'EPP. Elle participe à l'obligation de formation médicale continue (FMC) sous forme de « crédits ».

Les médecins accrédités ou engagés dans une procédure de renouvellement de leur accréditation peuvent bénéficier d'une aide à la souscription d'une assurance en responsabilité civile et professionnelle conformément à l'article D. 185-1 du code de la sécurité sociale.

Pour les ES, les résultats de la procédure d'accréditation étant rendus publics, celle-ci permet de répondre à certaines références du manuel de certification V2.

L'expertise en responsabilité médicale face à l'accréditation des médecins et des équipes médicales

L'étude précédente fait se poser plus de questions qu'elle n'en résout. Néanmoins des remarques viennent à l'esprit.

L'accès aux informations générées par l'accréditation

L'accréditation est basée sur l'amélioration de la gestion des évènements porteurs de risques. Lorsque l'expert en responsabilité médicale intervient, il est en bout de chaîne pour traiter des conséquences de tels évènements indésirables graves.

Un travail considérable est effectué par chacune des spécialités, tout au long du processus d'accréditation. Il aboutit à rassembler une masse d'informations qui souvent, même à travers l'étude de la littérature médicale, manque à l'expert pour atteindre la vérité scientifique à partir de laquelle, l'appliquant au cas d'espèce, il formulera les éléments de la vérité expertale.

Il serait souhaitable que les référentiels de qualité et les recommandations élaborés et tenus à jour dans chaque spécialité soient accessibles aux experts sous certaines conditions.

De même le signalement et le traitement des évènements porteurs de risques médicaux qui alimentent la base de retour d'expérience (base REX) constituent une source de renseignements et de possibilités statistiques croissantes et évolutives dans le temps et d'un intérêt majeur pour l'expert.

Il serait souhaitable que des experts identifiés et munis d'un mot de passe aient accès aux données référentielles et à la base anonymisée, sous le contrôle de la HAS qui gère ce portail informatique.

Médecins accrédités et experts

Il parait irréaliste de ne choisir les experts médecins en responsabilité médicale que parmi les seuls médecins accrédités, d'autant que nombre d'entre eux ne se tournent pas vers l'expertise judiciaire. Ils peuvent toutefois constituer une réserve de techniciens associés (sapiteurs) ou de co-experts nommés hors liste, sur proposition au juge faite par l'expert ou les parties dans un contexte de collégialité de l'expertise.

Il faut souligner que l'accréditation n'évalue pas les connaissances scientifiques ou techniques du médecin ou d'une équipe mais sa capacité à s'engager dans une démarche d'amélioration de la qualité des soins par le biais de la gestion des risques.

L'accréditation scientifique et technique des experts ?

Ne peut-on concevoir, dans le même esprit d'évaluation à visée formative, une procédure peut-être allégée mais du même type pour améliorer la qualité des expertises en responsabilité médicale ?

C'est une piste de réflexion. Elle n'est pas nouvelle [14-15-16]. Elle serait d'autant plus réaliste qu'elle s'intégrerait dans une politique de normalisation de la « Qualité en expertise »[16].

IV – La norme AFNOR NF X50-110 :2003 « Qualité en expertise – Prescriptions générales de compétence pour une expertise» [17-18-19]

avec Guy TUFFÉRY – Directeur (hon.) de recherches, délégué à la qualité de l'AFSSA, Président de la Commission de normalisation « Expertise »

Ce chapitre aborde plus particulièrement les points critiques de l'expertise liés à la compétence des experts et à la confiance en l'expertise parmi les autres facteurs de risques d'insuccès ou d'erreurs et présente la normalisation qui peut être utile en la matière.

Les caractéristiques générales de l'expertise

Des définitions fondamentales

L'expertise est un ensemble d'activités ayant pour objet de fournir à un client (le donneur d'ordre), en réponse à la question posée, une interprétation, un avis et une

recommandation aussi objectivement fondées que possible, élaborées à partir des connaissances disponibles et de démonstrations, accompagnées d'un jugement professionnel. L'expertise exige la qualité et s'accompagne d'un besoin de confiance.

L'expert est une personne dont la compétence, l'indépendance et la probité lui valent d'être formellement reconnu apte à effectuer des travaux d'expertise.

L'avis doit être pertinent, fiable, utilisable, rendu dans les délais, à des coûts acceptables. Il contient du vrai, des preuves, des démonstrations, des certitudes, du juste, du valide, mais aussi du vraisemblable, du probable, du possible, du plausible, de l'incertain, du douteux, du controversé, du contradictoire, de l'incomplet, de l'inconnu, des besoins d'investigations et de recherches, de l'inconnaissable. Il est formulé dans l'état des connaissances. Il n'est donc jamais définitif mais toujours en devenir car le vrai est vrai jusqu'à preuve du contraire. Il doit être intelligible, utile au décideur, accessible à tous les destinataires.

Le processus général de l'expertise

De la question posée au produit de l'expertise, la phase de conception/réalisation passe par les étapes suivantes : évaluation de la question posée, sélection du ou des experts, choix ou conception de la méthode d'expertise, analyse critique des données d'entrée (les faits), réalisation de l'expertise, fourniture du produit de l'expertise (le rapport et ses conclusions) et traçabilité des actions menées nécessaire au contrôle.

L'erreur d'expertise

Les principales sources et causes à l'origine de l'erreur d'expertise sont l'erreur sur la question posée par le client de l'expert c'est-à-dire le juge, l'erreur sur l'expert sélectionné (incompétence), l'erreur de problématique (problème mal cerné), l'erreur d'expert (mal choisi en l'absence d'adéquation), l'erreur sur les données (le dossier sur les faits, les preuves, la documentation), l'erreur dans la réalisation de l'expertise (expert mal formé) et l'erreur dans l'expression des résultats.

Présentation de la norme NF X50-110 :2003 (complétée en février 2011 par la norme FD X 50-046)

Les limites de confiance de l'expertise dépendent de l'état des connaissances et des données disponibles, de l'organisation et de la conduite de l'expertise, c'est-à-dire des conditions de l'expertise.

La norme NF X50-110 :2003 « Prescriptions générales de compétence pour une expertise » a pour objectif essentiel de maîtriser, autant que possible, les conditions de l'expertise qui sont des points critiques afin de livrer en toute confiance une réponse pertinente à la question posée et ainsi de satisfaire à l'obligation de moyens. L'objectif final est de pouvoir certifier la maîtrise de la conduite de l'expertise et de renforcer la confiance dans l'expertise pour le client et les parties prenantes.

La norme énonce des exigences sur les points suivants :

- la conduite de l'expertise par un expert ou un collège d'experts (organisme d'expertise) ;
- les processus de soutien à l'expertise : gestion et mise à disposition des ressources humaines, d'infrastructure et d'environnement de travail ; ce sont les moyens mis en œuvre ;
- le processus de conception/réalisation de l'expertise ;
- le système d'analyse et d'amélioration du processus d'expertise basé en particulier sur l'appréciation de la satisfaction du client.

La confiance et la reconnaissance de conformité des expertises à la norme

Un système de confiance dans l'expertise

Il peut être défini comme l'ensemble d'éléments comprenant l'organisation, les hommes, les moyens avec pour objectif de fonder ou de renforcer la confiance dans l'expertise, dans sa réalisation et dans ses résultats.

Quelques définitions normalisées pour comprendre

- Qualification : consécration du savoir et du savoir-faire par leur contrôle, par celui des moyens ainsi que par celui des références professionnelles indispensables à la bonne exécution des missions.
- Habilitation : autorisation formelle d'une personne à effectuer des tâches spécifiées.
- Attestation : fourniture d'une affirmation basée sur une décision qui fait suite à la revue démontrant que les exigences spécifiées sont respectées.
- Certification : attestation réalisée par une tierce partie, relative à des produits, des processus, des systèmes ou des personnes.
- Certification de personnes ou de compétence personnelle ou de métier : certification qui vise la qualification professionnelle d'individus.
- Accréditation : reconnaissance formelle par un organisme faisant autorité qu'un organisme est compétent pour effectuer des tâches spécifiques.

Un exemple de système de confiance : schéma de conformité des expertises à la norme – de l'accréditeur au client

1 – L'accréditeur, le Comité français d'accréditation (COFRAC) accrédite l'organisme chargé de la certification de la conformité du processus d'expertise à la NF X50-110.
2 – L'organisme de certification (l'Agence française de normalisation – AFNOR – par exemple) audite et certifie l'expertise comme conforme à la norme.
3 – L'organisme d'expertise (expert ou collège d'experts) livre le produit de l'expertise.
4 – Le client (le donneur d'ordre) reçoit en confiance le produit de l'expertise en conformité avec les exigences de la norme NF X50-110.

Les expertises en responsabilité médicale – Analyse, constat et propositions

Analyse et constat

Qu'il s'agisse des expertises juridictionnelles ou des expertises menées dans le cadre du Titre IV de la loi du 4 mars 2002, il subsiste des problèmes :
- la compétence scientifique et technique de l'expert est peu prise en compte tant lors de l'évaluation initiale que du renouvellement ;
- les liens de dépendance (risque de conflit d'intérêt), autres que vis-à-vis des compagnies d'assurances, sont mal gérés en dépit du possible recours à la délocalisation géographique ;
- les causes de radiation des listes reposent plus sur des fautes caractérisées de procédure (non respect du principe de la contradiction) ou sur des motifs de comportement que sur des constats d'incompétence scientifique et technique.

Propositions d'un observateur extérieur et indépendant

Le système général parait avoir besoin de bénéficier d'un appui incontestable en évaluation de la compétence des experts par une tierce partie indépendante.

Il serait sans doute intéressant de
- solliciter une autorité, l'accréditeur (la HAS ?) pour étudier et proposer un dispositif d'évaluation scientifique et technique des experts par les pairs et un mode d'attestation de

compétence par discipline/spécialité, l'organisme de certification (Annexe III); ce dispositif serait ainsi calqué sur celui de l'accréditation des praticiens dans les disciplines à risques;
- caractériser chaque expert par son champ réel de compétence de façon beaucoup plus précise, en ajoutant des profils de compétence (sur-spécialité) des experts à leur classement dans les branches, rubriques et spécialités de la nomenclature du 10 juin 2005 ;
- assurer l'évaluation, le suivi et la mise à jour du champ de compétence de chaque expert inscrit dans la base de données ;
- créer un système informatique d'aide au choix pertinent des experts et des systèmes d'expertise, par rapprochement de la question posée analysée le plus précisément possible et les profils de compétence de la base nationale ;
- produire de « courtes listes » de sélection d'experts ou de projets de collèges dans lesquelles le magistrat (le client de l'expertise) fera son choix pour la nomination qui reste toujours de sa compétence et de sa responsabilité. Ce serait, en quelque sorte, une liste d'experts accrédités au même titre que les médecins ou équipes médicales chargés des soins à risques.

En conclusion sur cette normativité

La norme NF X50-110 est le référentiel de l'expertise publique officielle, notamment pour les expertises de risques sanitaires.

La norme NF X50-110 est applicable à tous les domaines d'expertise, à tous les contextes publics, privés, judiciaires, d'assurance, etc. et en première analyse, sans difficulté particulière à l'expertise en responsabilité médicale.

Le Haute Autorité de Santé, qui a pour mission d'évaluer les pratiques, d'accréditer les médecins par spécialité, apparait être l'organisme approprié pour concevoir et mettre en œuvre les dispositions utiles en appui à l'évaluation de la compétence des experts en responsabilité médicale.

La reconnaissance, par tierce partie indépendante, de la conformité des expertises aux exigences de la norme NF X50-110 serait de nature à renforcer la confiance, surtout si elle est accompagnée de l'accréditation des laboratoires sollicités dans l'expertise, chaque fois que cela est nécessaire et possible.

Tous les experts sont appelés à justifier de la conduite et des résultats de leurs expertises, à démontrer en permanence leur compétence. Maîtres d'œuvre de leur mission, ils sont libres de leurs avis scientifiques et techniques à condition d'en être responsables.

Cette compétence responsable de l'expert conduit immanquablement à s'interroger sur les liens qui unissent la vérité scientifique à la vérité judiciaire.

V – De la vérité scientifique à la vérité judiciaire : comment le juge s'approprie-t-il les connaissances médicales ? [20].

avec Gaëlle DALBIGNAT-DEHARO – Docteur en droit privé, Professeur à Institut supérieur de commerce de Paris

Garant de la vérité scientifique et technique, l'expert exprime la vérité expertale à partir de laquelle le juge doit prononcer la vérité judiciaire [21].

Le rôle du juge est en effet de trancher les litiges conformément aux règles de droit qui leur sont applicables.

Face aux connaissances scientifiques, le juge est à la fois éclairé et embarrassé. Eclairé car il maîtrise mieux le fondement factuel de la situation – embarrassé également car la

connaissance qu'il acquiert peut venir contrarier la solution qu'il déterminerait instinctivement comme la plus juste.

Cette interpénétration du savoir et du pouvoir concerne tous les types de procédure et tous les types d'expertise.

Quels sont les effets de la vérité expertale sur la construction de la vérité judiciaire ? La question de l'intégration de la vérité scientifique dans la *jurisdictio* n'est pas purement académique : elle préside aux contours des rôles respectifs du juge et de l'expert.

Le juge ne peut ignorer la vérité scientifique. Toutefois il ne doit pas être complaisant avec le discours scientifique : il n'est pas lié par la vérité médicale et doit juger d'après son intime conviction.

Peut-il dépasser l'incertitude médicale pour prononcer une vérité judiciaire ?

Le prétoire ne doit pas être le lieu d'un débat épistémologique. Les connaissances scientifiques ne seront recherchées qu'autant que nécessaire pour juger en toute sécurité, ce qui peut se traduire par deux formules : découvrir la vérité pour dire le droit, dire le droit pour affirmer une vérité.

Découvrir la vérité pour dire le droit

« Il est de la sagesse du juge de ne pas s'ingérer témérairement dans l'examen des théories médicales et de prétendre discuter des questions de pure science… » (Cass. civ., 21 juillet 1862), comme l'a rappelé le Procureur général P. Matter dans le célèbre arrêt Mercier (CC 1ère ch. civ., 20 mai 1936), jurisprudence jamais démentie depuis par la Cour de cassation. Parce qu'il lui est nécessaire de connaître pour juger, le juge doit trouver les l imites de son intervention et celles de l'expert. Dès lors deux questions se posent :
- de quelle façon s'opère la fusion des éléments scientifiques dans la rhétorique judiciaire ?
- quelle sera l'exploitation de la vérité expertale et son influence sur le jugement ?

L'intégration de la vérité expertale dans la rhétorique judiciaire

Le juge ne peut refuser de se prononcer en raison du caractère scientifique du litige sous peine de déni de justice. L'intervention de l'expert s'impose donc parfois au juge.

Le recours à l'expert

La décision d'ordonner une expertise est souveraine : le juge reste maître de la mission de l'expert. Deux types d'interventions peuvent être demandés à l'expert :
- la constatation d'un fait scientifique, *« expertise technique »* : la vérité expertale s'impose alors au juge come un élément de preuve ;
- une analyse de la part de l'expert, véritable premier jugement sur la conformité de la situation, *« expertise conjoncturelle »*, comme en matière de faute médicale par exemple ; le juge s'en remet alors à la compétence du technicien quant à l'appréciation du comportement à adopter par le médecin : l'expert « juge » la situation sous l'éclairage des règles de son art ; les conclusions vont alors peser lourdement sur le raisonnement du juge et son appréciation de la faute.

La fusion des conclusions expertales et judiciaires dans la formulation de la solution

Le juge se prononce sur le fondement de la règle de droit ; l'expert a un rôle normatif. En dépit de cette distinction théorique l'expert influence directement l'application de la règle de droit. Les décisions intégrant un savoir médical trahissent souvent une confusion des domaines de compétences respectifs de l'expert et du magistrat. Le discours du juge exploite les données médicales comme si lui-même les maîtrisait.

L'exploitation et l'influence de la vérité expertale

Le législateur, à travers les codes, encourage la recherche de la vérité et impose à chacun d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. L'expertise permet de connaître et de comprendre la cause. Le technicien détient le savoir nécessaire à l'exercice du pouvoir.

L'autorité des motifs scientifiques

Le juge peut s'approprier purement et simplement les conclusions médicales. Pour générer la confiance elles doivent être claires et compréhensibles par des non médecins.

Mais les juges du fond peuvent aller au-delà des conclusions médicales, même claires et précises, dès lors que ce dépassement ne conduit pas à une mauvaise application de la loi.

Néanmoins le recours à la vérité médicale confère au juge un argument légitimant sa décision. Il la pare des vertus d'universalité, d'objectivité et même irréfutabilité.

Le pragmatisme de la Cour de cassation

La Cour de cassation réalise un contrôle de la logique de la conclusion tirée par les juges du fond : le juge n'est pas lié par la vérité expertale mais sa décision doit être logiquement motivée ce qui influence sa méthode de motivation.

En résumé

- l'intégration de la vérité expertale dans la rhétorique judiciaire est un processus nécessaire dès lors qu'il faut connaître pour juger ;
- la jurisprudence fait une utilisation pragmatique de la vérité médicale qui ne se voit pas reconnaître pour autant une autorité singulière sur le seul fondement de sa nature ;
- le juge n'est pas lié par la vérité scientifique et ne doit l'intégrer dans son raisonnement que lorsqu'elle participe de la construction de la solution qui sera tenue pour vérité judiciaire.

Dire le droit pour affirmer la vérité

Le droit fait *« l'aveu hautain de l'irréalité de son univers : la chose jugée n'est pas la vraie vérité ; elle est reçue par le bon peuple pour tenir lieu de vérité »* [22].

Le vocabulaire juridique traduit le caractère fictif du concept de vérité judiciaire en utilisant des termes au sens imprécis : *« indices ; raisons plausibles de soupçonner ; paraître ; sembler ; laisser penser ; etc… »*, à l'inverse du vocabulaire expertal qui se doit d'être précis, même pour exprimer un doute sur une « vérité scientifique ».

La vérité judiciaire aurait un coefficient élevé de relativité alors que les preuves scientifiques se présenteraient sous l'apparence d'un haut degré de fiabilité.

Les garanties d'une interprétation pertinente de la vérité scientifique dans la rhétorique judiciaire

La pertinence de l'expertise sera assurée par la réalité formelle de la procédure expertale. C'est ensuite la pertinence du contenu de la vérité expertale qui devra être garantie.

La pertinence processuelle de l'expertise

Dès lors qu'il est commis par le juge, l'expert est le maître d'œuvre de sa mission sous réserve qu'il respecte strictement les règles de procédure et ce sous le contrôle du juge. Il n'est pas de ce propos de discuter des principes généraux de la procédure qui peuvent ouvrir, en cas de non respect par l'expert, sur une « critique externe » du rapport, le privant d'efficacité dans la procédure.

Pourtant, l'application incontournable du principe de la contradiction, condition *sine qua non*, fait que le savoir médical doit être discutable jusque dans le prétoire, à l'instar de tous les autres éléments de preuve. C'est un glissement vers une « critique interne », critique du contenu et non plus de la seule forme de l'expertise.

Le développement du contradictoire vers la critique interne affecte la vérité scientifique d'une relativité qui confère au juge une marge d'appréciation lui permettant de justifier qu'il retienne ou écarte tel ou tel argument de preuve malgré le doute soulevé par l'expert ou par la discussion des parties.

La pertinence du contenu

La gestion du savoir scientifique dans le prétoire est complexe. Le juge s'attache moins au contenu de la connaissance qu'à son efficacité sur la motivation de sa décision. Il s'opère un passage du langage professionnel dans le discours juridique compréhensible par le justiciable. Cela évite de pénétrer dans les rouages complexes de la connaissance médicale et permet de replacer l'utilisation du savoir médical sous le contrôle du juge.

Détaché du contenu qui relève de la seule compétence de l'expert, le juge se place sur le terrain de la qualification pour conserver sa marge de manœuvre et dépasser l'incertitude.

Du vrai au juste : le dépassement de l'incertitude

Science et incertitude sont indissociables. La faillibilité scientifique expertale est la conséquence de cette incertitude scientifique. Pourtant l'expert doit au juge la vérité scientifique au moment des faits, dans la mesure où elle existe, et en faire connaître la réalité en exposant les niveaux de preuves établis [23].

La mission du juge n'est pas de dire le vrai mais de dire le juste à partir du vrai. Quelle est sa marge de manœuvre dans la gestion de la vérité scientifique ?

Il lui est simple de suivre les conclusions claires et étayées de l'expert lorsque la vérité expertale mène à la solution du juste.

Mais, en dépit de la clarté des conclusions de l'expertise, il peut exister entre le normal et l'anormal une zone d'incertitude avec laquelle le juge doit composer. Il ne peut se retrancher derrière l'incertitude, fut-elle reconnue par l'ensemble de la communauté scientifique, pour faire obstacle au prononcer de la vérité judiciaire. Il doit accorder encore plus d'attention à la motivation de sa décision.

Rappelons le vieil adage : le doute profite à l'accusé. L'incertitude doit bénéficier à la personne poursuivie dont la responsabilité doit être rejetée lorsqu'il n'est pas possible de trancher avec certitude. Ceci est du ressort du juge.

Puisqu'à des degrés variables le juge s'approprie les connaissances médicales énoncées par l'expert dans son rapport, il importe bien que la compétence de l'expert et la qualité de son expertise soient incontestables.

Après avoir recherché les moyens mis en œuvre ou à mettre en œuvre en France pour atteindre ce but, il est intéressant d'étudier comment cette même démarche a été faite dans un pays de droit anglo-saxon, les Etats-Unis.

VI – Reconnaissance d'un expert, recevabilité d'une expertise aux Etats-Unis – Critères Daubert – Adaptation à la procédure expertale française ? [24]

avec Rafaël ENCINAS de MUNAGORRI – Membre de l'Institut universitaire de France, Département de droit privé de la faculté de droit de Nantes

En dépit des différences de procédure entre la *Common law* et la *Continental law*, de longue date et encore plus avec le développement rapide des connaissances scientifiques, la question qui s'est toujours posée aux juges, quel que soit le système juridique, concerne les garanties que doit présenter un expert et les moyens dont dispose le juge pour s'assurer de la fiabilité de l'expertise.

Instructive est l'étude de l'évolution de la jurisprudence sur ce sujet aux Etats-Unis jusqu'à l'énoncé des critères Daubert. Une comparaison avec la réflexion menée en France suscite quelques interrogations :
- quelles seraient les possibilités d'adaptation des critères Daubert à la procédure expertale française pour améliorer l'évaluation et la compétence scientifique et technique des candidats à l'inscription sur une liste d'experts ?
- que doit être une bonne expertise scientifique et technique pour répondre aux critères Daubert ?

Comparaison des procédures

Ces interrogations prennent tout leur sens à partir d'une comparaison entre la procédure d'expertise devant les juridictions aux Etats-Unis et en France. Il est possible de formuler quelques observations préliminaires sur des systèmes qui comportent des divergences mais aussi des convergences.

Les principales divergences sont les suivantes

Aux Etats-Unis, il revient aux parties au litige de désigner les experts (procédure dite accusatoire - *expert witness* ou expert témoin) ; en France l'expert est désigné par le juge (procédure dite inquisitoire – expert de justice ou expert du juge).

Aux Etats-Unis l'expertise est présentée à la Cour (des juges et souvent des jurés) par les parties au procès en tant qu'élément de preuve : il s'agit d'une opinion particulière, le témoignage d'une personne spécialisée ; en France l'expertise est qualifiée de mesure d'instruction, l'expert est un auxiliaire du juge.

Aux Etats-Unis l'expertise est soumise à des règles de preuve (*Federal Rules of Evidence*) applicables au niveau fédéral et source d'inspiration pour les juridictions étatiques ; en France elle est réglée par des règles codifiées de procédure (judiciaire, pénale, administrative).

Les convergences sont nombreuses

Aux Etats-Unis, le juge est autorisé à désigner un expert du tribunal qui sera interrogé contradictoirement par les parties.

En France, les parties (plaideurs et leurs avocats) peuvent : 1 - demander à ce que l'expert désigné soit assisté d'un sapiteur ; 2 – s'adjoindre les services d'un conseil spécialisé qui les assistera dans leurs rapports avec l'expert désigné par le tribunal ; 3 – produire une expertise dite amiable confiée par leurs soins à un spécialiste qui pourra être prise en compte à des fins de preuve si la partie adverse est en mesure d'une discuter les conclusions.

Dans les deux cas le principe de la contradiction pour un procès équitable est respecté.

Au total, c'est moins la procédure qui singularise le système américain ou le système français que les dispositifs mis en place pour garantir la qualité des connaissances présentées par l'expert en justice.

Rappel sur l'évolution historique du droit de la preuve aux Etats-Unis

Le mouvement du droit positif aux Etats-Unis consiste à rendre plus restrictives les conditions par lesquelles une expertise scientifique est recevable devant les tribunaux. Ces conditions trouveront des résonnances dans les textes français.

Une période pragmatique jusqu'en 1923

L'expertise scientifique est recevable si elle est délivrée par un expert compétent. Est considéré comme expert celui qui gagne sa vie dans l'exercice de ses compétences. C'est le *commercial marketplace test* dans une société qui lie étroitement les compétences et la réussite professionnelle. Tout professionnel pouvait donc témoigner au profit d'une partie en qualité d'expert.

Le juge souhaite éviter les controverses sans fin entre spécialistes et estime que l'expert, réputé compétent, n'a pas à répondre de l'état de la science médicale ; son seul témoignage suffit. Le juge se contente d'une opinion isolée. Il n'a pas à entrer dans les arcanes du débat scientifique.

Il y a eu, dans les prétoires, des experts imposteurs et charlatans assez doués pour vendre leur *junk science* (science camelote). Il fallait les écarter.

Une période positive de 1923 à 1996

L'expertise scientifique est recevable si elle repose sur des connaissances généralement admises – *general acceptance standard*.

Le savoir de l'expert doit correspondre aux connaissances généralement admises par la communauté des spécialistes. Ce fut l'apport de l'arrêt *Frye v. United States* en 1923 qui, bien que non rendu par la Cour suprême des Etats-Unis, mais par la cour fédérale de Columbia, fit jurisprudence.

Le nouveau critère déplaçait le problème plus qu'il ne le résolvait. Si le juge doit apprécier la conformité des connaissances scientifiques invoquées par l'expert avec celles généralement admises, comment pourrait-il le faire sans s'informer de l'état de la science au moment du litige, alors que les connaissances se diversifient et évoluent à une cadence de plus en plus soutenue ?

C'est obliger la preuve juridique à se replier sur la preuve scientifique. Or (cf. Chapitre V) les finalités probatoires ne sont pas les mêmes pour la science et pour le droit.

A partir de 1975 entrent en vigueur les *Federal Rules of Evidences*, règles de preuve applicables devant les juridictions fédérales. Le critère de *general acceptance standard* n'y figure pas. Quelles étaient alors les nouvelles conditions de recevabilité d'une expertise scientifique ?

Une période critique à partir de 1993

L'expertise scientifique est recevable si elle est fondée sur des connaissances valides.

L'arrêt *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* Rendu le 28 juin 1993 par la Cour suprême des Etats-Unis va bouleverser, au-delà de l'expertise scientifique, l'ensemble de la pratique de l'expertise judiciaire aux Etats-Unis.

Il a été prononcé en vertu de la règle 702 du *Federal Rules of Evidences* [(4)]. L'expert ne peut être admis à témoigner que si la connaissance dont il se prévaut est scientifique. Les juges sont invités à un double examen : vérifier que l'expertise repose sur des connaissances scientifiques et s'assurer qu'elle permettra de comprendre et de déterminer les faits de la cause.

4 –**Rule 702 Testimony by Experts (FRE)**

If scientific technical , or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case.

(As amended Apr. 17, 2000, eff. Dec.1.2000.)

Si un scientifique, un technicien ou un autre spécialiste est amené à aider un juge à comprendre des faits probants ou à déterminer un fait en cause, un témoin qualifié comme un expert, par ses connaissances, sa compétence technique, son expérience, sa formation ou son éducation, peut témoigner dans les formes d'un avis ou autre si : 1 – le témoignage repose sur des faits ou des données suffisantes ; 2 – le témoignage est le résultat d'un raisonnement et d'une méthode sûrs ; 3 – et si le témoin a appliqué le raisonnement et la méthode sûrs aux faits en cause.

Les critères ou indices Daubert

Afin de mettre en œuvre la règle de preuve, les juges fédéraux doivent désormais exercer une évaluation préliminaire pour déterminer si le raisonnement ou la méthodologie qui sert de base au témoignage est scientifiquement valide et peut être appliqué aux faits en cause.

La méthode proposée aux juges fédéraux [25] est celle du faisceau d'indices. Aucun critère n'est déterminant mais tous concourent à apprécier si l'expertise proposée a une validité scientifique. Cette « accréditation de l'expert » a lieu lors d'une audition préalable de l'expert par les juges, hors la présence des jurés. Elle offre l'avantage d'écourter la procédure lors du *trial* et de la *cross examination* lorsque l'expertise est déclarée recevable.

Le premier critère

« La théorie ou la technique- utilisée par l'expert – peut être ou a été testée ».

Le critère du statut scientifique d'une théorie est sa réfutabilité, c'est-à-dire son aptitude à se soumettre à une expérience scientifique susceptible d'un résultat positif ou négatif.

Le deuxième critère

« La théorie ou la technique a donné lieu à une évaluation par les pairs et à publication ».

Aucun obstacle juridique ne s'oppose à ce que des expertises soient fondées sur des théories non publiées. Elles peuvent reposer sur des bases scientifiques solides. Le simple fait d'avoir été soumises à la critique par le jeu des évaluations internes à la communauté scientifique est un gage de la fiabilité de l'expertise.

Le troisième critère

Il concerne l'appréciation statistique. Les juges doivent *« considérer le pourcentage d'erreurs connu ou potentiel de techniques scientifiques particulières ».*

C'est le principe de l'évaluation du niveau de preuve dans l' *« Evidence Based Medicine ».*

Le quatrième critère

C'est la survivance du *general acceptance standard,* apport de l'arrêt Frye de 1923, devenu un indice parmi les autres. Ce n'est plus qu'une présomption de validité simple et non irréfragable.

Trois enseignements peuvent en être tirés.

Ces exigences posées dans le cadre de l'expertise scientifique au sens strict ont été étendues à tous les domaines de l'expertise judiciaire dont en médecine.

Il n'est pas demandé aux juges d'avoir une connaissance approfondie du contenu de la science. Il suffit qu'ils aient assez de repaires pour évaluer si les méthodes utilisées à l'occasion d'une expertise sont fiables d'un point de vue scientifique et appropriées au regard des faits de l'espèce.

Le juge doit pouvoir trancher dans l'incertitude des faits, c'est-à-dire sans connaître les résultats encore controversés de l'activité scientifique : la vérité des faits est elle-même, et par définition, provisoire et sans cesse remise en cause.

Adaptation à la procédure expertale française

Les trois périodes qui se sont succédées aux Etats-Unis dessinent des conditions de recevabilité de l'expert et de l'expertise. Elles se cumulent et trouvent en partie des équivalents dans le droit procédural français.
1 – Les juges apprécient la compétence professionnelle de l'expert. Des améliorations sont à apporter (cf. chapitres II, III et IV).
2 – Les juges doivent apprécier si les connaissances de l'expert correspondent à celles généralement admises par la communauté de spécialistes. Des voies de perfectionnement peuvent être trouvées (cf. chapitres III et IV).
3 - Les juges doivent évaluer le raisonnement de l'expert et la méthodologie expertale. Cette exigence se fait jour avec le recours aux publications reconnues, aux niveaux de preuves, aux données statistiques, au nouveau mode de pensée apporté par l'*Evidence Based Medicine* appliquée à l'expertise.

Les juges doivent s'investir dans une compréhension de plus en plus approfondie de la science.

Les experts médecins en responsabilité médicale doivent se plier de plus en plus aux exigences d'une expertise scientifique. Leur responsabilité scientifique et technique s'en trouve accrue.

VII – La responsabilité scientifique et technique des experts médecins en responsabilité médicale

A travers la jurisprudence française [26]

avec Pierre SARGOS – Président de Chambre (hon.) à la Cour de cassation

Le cadre réglementaire – Le droit positif

La responsabilité scientifique et technique des experts médecins en matière médicale concerne le fond même de leur avis et non les règles processuelles de l'expertise qu'ils doivent respecter. Cette responsabilité renvoie au débat sur la responsabilité civile générale des médecins.

D'abord responsabilité délictuelle fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil – CC [(5)] (arrêt Thouret – Noroy – CC. ch des requêtes, 18 juin 1835), elle est devenue contractuelle selon l'article 1147 du même code [(6)] (arrêt Mercier – CC. 1ère ch. civ. 20 mai 1936) en fonction, à l'époque, d'impératifs de délais de prescription.

5 – Art. 1382 du CC : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».
Art. 1383 du CC : *« Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence »*.
6 – Art. 1147 du CC : *« Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement des dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part »*.

Cette distinction est devenue sans enjeu réel depuis que le Code de déontologie médicale (art. R. 4127-1 à R. 4127-112 du code de la santé publique – CSP) a imposé aux médecins des « devoirs envers les patients » qui reprennent la quasi-totalité des normes jurisprudentielles de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat qui peuvent être invoquées à l'appui d'une action en dommages-intérêts dirigée contre un praticien, et depuis que la loi du 4 mars 2002, par l'article L. 1142-28 du CSP, a parachevé la fusion en fixant à 10 ans, à compter de la consolidation du dommage, la prescription de ces actions en recours.

Seule différence pour l'expert médecin de justice, la prescription du recours contre son action expertale est fixée à 5 ans en instituant un point de départ « *glissant* » à dater du *« jour où le titulaire* [du] *droit a connu ou aurait dû connaître les faits »* lui permettant d'exercer l'action en justice, sous réserve d'un délai butoir de 20 ans (loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile).

Soumis au droit commun, le principe de la responsabilité pour faute de l'expert quant au fond même de son avis reste admis en application des articles 1382 et 1383 du CC, mais il y a des particularités en ce qui concerne le préjudice et son lien de causalité avec la faute.

Une responsabilité de droit commun pour faute fondée sur les articles 1382 et 1383 du CC

Les affaires sont peu nombreuses. Trois arrêts les illustrent.

L'arrêt Redaud du 8 octobre 1986 (Cass. 2ème ch. civ.)

L'expert a commis une négligence dans la relecture de son rapport transcrivant, uniquement en chiffres, une incapacité permanente de 30% (trente) au lieu de 3% (trois). Cette négligence a eu des conséquences financières pour l'assureur qui a engagé une action contre l'expert. L'avocat de l'expert a fait valoir qu'un rapport homologué s'incorporait à la décision judiciaire ce qui faisait obstacle à la responsabilité de son client. La Cour de cassation a réfuté ce moyen (argument en terme juridique) en énonçant qu'à défaut de toute disposition contraire *« la responsabilité personnelle d'un expert judiciairement désigné, à raison des fautes commises dans l'accomplissement de sa mission, est engagé conformément aux règles de droit commun de la responsabilité civile ; qu'il en est ainsi même si le juge a suivi l'avis de l'expert dans l'ignorance de l'erreur dont son rapport, qui a influé sur la décision, était entaché »*.

Négligence coupable certes, mais si la démarche contradictoire avait été respectée au cours du processus expertal, avec en particulier production d'un pré rapport ou son équivalent sous forme de dires reçus par l'expert avant le dépôt de son rapport, les conséquences de cette négligence n'auraient peut-être pas été rendues juridiquement irréversibles.

L'arrêt Renucci du 24 novembre 1966 (Cass. 2ème ch.civ)

Il illustre ce que pourrait être une faute de « diagnostic expertal ».

Chez un homme inculpé de menaces de mort, des experts psychiatres diagnostiquent un état de folie délirante, concluent à l'irresponsabilité et demandent un placement d'office en hôpital psychiatrique.

A la sortie de cet établissement l'homme engage un recours contre les experts pour négligences et fautes ayant entraîné son internement. Débouté par la Cour d'appel il dépose un pourvoi. La Cour de cassation rejette le pourvoi car il y avait similitude du « diagnostic expertal » par rapport au « diagnostic médical » corroboré par le médecin chef de l'hôpital où l'intéressé avait été interné. Elle conclut que *« les experts avaient exécuté leur mission avec conscience et compétence »*.

Comme pour toute l'activité médicale c'est ce qui est exigé de l'expert médecin, conformément à l'arrêt Mercier et au code de déontologie médicale. Le « diagnostic expertal » est, à peine de faute, soumis aux mêmes exigences quant à la recherche et au respect des données acquises de la science que le « diagnostic médical ».

L'arrêt Scherrer du 20 juillet 1993 (Cass. 2ème ch.civ.)

Dans un autre domaine que la médecine, il est fait la même démonstration *a contrario.*

Un expert du bâtiment, chargé de déterminer l'origine d'infiltrations d'eau, les attribue à un mauvais état de façades. En dépit des travaux effectués les infiltrations perdurent. Un second expert établit à juste titre qu'il s'agit d'un défaut d'étanchéité d'une terrasse. Le premier expert a été condamné pour n'avoir pas poussé plus avant ses investigations et n'avoir pas agi avec conscience et compétence. Encore un problème de diagnostic !

L'article R. 4127-106 du CSP impose aux experts médecins une obligation déontologique de compétence quant à *« ses connaissances et ses possibilités »* pour accepter de réaliser une mission d'expertise.

Les exigences quant au préjudice et à son lien de causalité avec la faute

Il ne suffit pas qu'une faute ait été commise, il faut encore qu'elle soit la cause d'un préjudice.

En matière de responsabilité de l'expert médecin à raison de l'avis scientifique et technique qu'il donne, le critère du lien de causalité entre la faute expertale et le préjudice est que cette faute ait influencé le juge et l'ait conduit à une décision injustifiée (cf. chapitre V – « …Comment le juge d'approprie-t-il les connaissances médicales ? »).

Encore faut-il que l'opinion de l'expert ait été la cause déterminante de la décision intervenue (arrêt Ruellan, 6 avril 1967, CC. 2ème ch.civ.). Les tribunaux font preuve de rigueur avant d'admettre le lien déterminant entre la faute commise par l'expert et ses conséquences judiciaires. Ce fut le cas dans l'affaire du pain empoisonné de Pont Saint Esprit. Le boulanger, injustement incarcéré après qu'un premier expert ait soulevé l'hypothèse d'une contamination de la farine par de l'ergot de seigle, a engagé une action contre l'expert après qu'il se soit avéré qu'il s'agissait d'une intoxication organo-mercurielle par contact avec les sacs de farine et dont il n'était pas responsable. Par arrêt du 1er juillet 1958 le TGI de Nîmes condamne l'expert pour faute lourde. Par arrêt du 18 février 1959 la Cour d'appel de Nîmes a retenu qu'il ne s'agissait que d'une hypothèse qui n'avait pas été la cause déterminante de l'arrestation du boulanger.

Au cours des dix dernières années il y a eu peu d'affaires mettant en cause la responsabilité de l'expert médecin pour un rapport erroné. Elles concernent le plus souvent le non respect du principe de la contradiction dont l'impact est essentiel pour éviter des erreurs scientifiques ou techniques grossières.

C'est à la fois une preuve de l'amélioration de la qualité des experts et du suivi plus poussé par les avocats et les médecins conseils au cours de l'expertise.

La pratique du prérapport ou des dires après réunion expertale va dans le même sens.

Il arrive que, face à l'expert, une partie ne bénéficie d'aucune assistance. C'est une cause de grand déséquilibre. En pareil cas l'expert doit redoubler de vigilance quant à son devoir de compétence, de conscience, d'objectivité et d'impartialité. Il est alors le seul garant de l'équité.

A travers les codes et textes internationaux [21-27]

avec Patrick de FONTBRESSIN – Avocat au Barreau de Paris, Maître de conférences à Paris XI

La richesse du thème, objet des présentes réflexions de l'Académie, porte d'emblée nécessairement à faire un choix entre une étude comparative du droit positif des différents pays de l'Union européenne et l'approche téléologique de la question.

La première hypothèse impliquerait une connaissance parfaite de l'ensemble des textes de chaque pays européen, mais également des effets attachés à l'œuvre jurisprudentielle dans les pays du Common law. On voit immédiatement l'immensité de la tâche au sein d'une Europe de 27 Etats membres, et encore davantage au sein de celle des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe.

La seconde hypothèse en revient, en revanche, à rechercher les causes et les effets de la responsabilité scientifique et technique de l'expert à partir de règles communément admises, c'est-à-dire d'un corpus juridique européen animé par le souci du respect de deux objectifs essentiels : celui de la dignité humaine et celui de la prééminence du droit.

La responsabilité scientifique et technique de l'expert et le respect de la dignité humaine

Alors même que la diversité des droits nationaux en Europe conduit a priori à penser qu'aucune homogénéité n'apparaît au premier chef entre les textes applicables dans les différents Etats membres, deux textes européens confortent dans l'intérêt d'une approche téléologique : la Convention européenne des droits de l'homme et le Traité de Lisbonne (auquel est attachée la Charte des droits fondamentaux de l'Union).

Si, paradoxalement, le premier de ces textes ne vise en aucune manière expressément la dignité humaine, dont l'obligation de respect, résulté de l'œuvre jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme, il n'en va pas de même du traité de Lisbonne et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union proclamée le 1er décembre 2007 annexée à celui-ci.

En effet, l'article 2 des « dispositions communes » du Traité de Lisbonne dispose : *« L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit ainsi que de respect des droits de l'homme… ».*

Pour sa part, l'article premier de la Charte dispose : *« La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée. »*

Or, la responsabilité scientifique et technique du médecin, expert judiciaire, implique le respect d'un certain nombre de droits substantiels de l'individu intimement liés au respect de sa dignité.

Sans bien sûr procéder à l'énumération des différents droits de l'homme dits de la première génération énoncés par la Convention européenne des droits de l'homme et repris par la Charte de l'Union européenne sur les droits fondamentaux, il convient d'avoir conscience de ce que l'application directe de la Convention dans l'ensemble des Etats a vocation à transcender la diversité des législations nationales au nom du principe de primauté et de la recherche d'une finalité commune.

Dans les missions qui lui seront dévolues par le juge, le médecin expert se trouvera ainsi plus spécialement confronté au respect du droit à la vie (art. 2), à l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants (art. 3), au respect de l'intimité de la vie privée (art. 8), mais également aux limites que le secret médical doublé du secret expertal impose à la liberté d'expression (art. 10 § 2). Dès lors que l'article 2 de la Convention dispose que *« le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi »*, à l'occasion des expertises pourra se poser la question du respect du droit à la vie par les Etats au regard de leurs obligations positives.

A diverses reprises, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi eu l'occasion de se pencher sur la qualité des soins à une maladie contractée en prison ou sur l'insuffisance de soins dispensés à des détenus ayant entraîné leur décès, les Etats étant débiteurs d'une

obligation positive d'intervenir de façon active en matière de santé pour garantir l'effectivité du droit à la vie.

De la même manière, au regard de l'article 3 relatif à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, l'appréciation par le médecin expert du seuil de gravité au regard de l'état de santé physique ou psychologique d'un détenu ne manquera pas d'être lourde de conséquences quant à la qualification susceptible d'être ultérieurement retenue par la Cour européenne des droits de l'homme pour condamner l'Etat coupable d'une violation des droits garantis par la Convention.

Un arrêt du 10 février 2004 dans une affaire Gennadi Naoumanko c/ Ukraine ne manque pas de rappeler que les juges européens contrôlent non seulement l'existence même des soins, mais aussi la nature du traitement médical, au regard de l'état de santé du détenu et de son âge.

Une jurisprudence constante souligne que l'article 3 est violé dès lors que le maintien en détention peut compromettre gravement la santé du détenu, soit en raison de l'évolution inéluctable de sa maladie, soit en raison des difficultés d'y apporter des soins adaptés.

La question des malades mentaux et des exigences générales tenant au respect de leur dignité à fait l'objet d'une jurisprudence abondante, de nature à permettre d'apprécier l'importance de la mission de l'expert.

Au titre de l'article 8, s'agissant du droit au respect de la vie privée, la Cour européenne a de même reconnu que la protection de la vie privée dans le cadre de l'intimité personnelle peut aussi concerner l'intégrité physique et morale de la personne. Il en va ainsi d'un examen gynécologique imposé pendant une garde à vue (affaire X et y c : Pays Bas -26 mars 1985) ou de traitement médical forcé.

Le droit à la connaissance de ses origines au regard de la vérité biologique, tout comme la confidentialité des données à caractère personnel à l'occasion de la communication de dossiers médicaux dans le cadre d'une procédure ne sont pas sans poser des problèmes aussi importants auxquels sera confronté l'expert.

Au regard de l'article 10, protecteur de la liberté d'expression et de communication, les risques de dérives dans le cadre des relations du médecin expert avec la presse, attentatoires au secret et au respect de l'intimité de la vie privée, ainsi que de la dignité des parties au procès, ne sauraient manquer d'être soulignés.

Outre ces impératifs de respect des droits substantiels, la tâche particulière de collaborateur occasionnel du service public de la Justice, dévolue à l'expert, impose de sa part une parfaite connaissance et conscience de ce qu'il participe à l'effectivité et à la prééminence du droit dans son intervention au cœur même du procès.

Le respect de la prééminence du droit et la mission dévolue à l'expert

Le respect des droits substantiels susvisés qui s'impose à l'ensemble des Etats membres de l'Europe ne pourra être garanti en dehors de celui des voies procédurales qui en sont nécessairement le vecteur.

Or, au cœur du procès équitable, l'expertise équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme revêt une importance essentielle.

Si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit le droit pour toute personne *« à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un Tribunal indépendant et impartial établi par la loi »,* dans le respect de l'égalité des armes et des droits de la défense, des telles dispositions impliqueront une responsabilité de l'expert quant à ses qualités personnelles d'impartialité et d'indépendance et quant au déroulement de l'expertise d'une manière contradictoire et dans un délai raisonnable, seul le critère de publicité étant à même de distinguer le déroulement de l'expertise des autres phases du procès.

S'agissant de la personnalité de l'expert judiciaire, son indépendance à l'égard de toutes les parties en cause, au même titre que son impartialité, ne sont pas sans poser des problèmes aussi délicats que ceux dont a eu parfois à connaître la Cour européenne des droits de l'homme au regard de « *la théorie de l'apparence* ».

S'agissant du délai du déroulement de l'expertise, la conscience de l'impact de celui-ci sur le délai raisonnable dans lequel doit intervenir l'ensemble du procès devra toujours être présente.

En guise de conclusion

Force est de constater que dans l'ensemble des Etats européens, au-delà des lois et codes nationaux, de la qualité de l'expertise et de la connaissance par l'expert nommé par une juridiction des droits fondamentaux et de ses devoirs attachés au respect de ceux-ci, dépendra la crédibilité de la justice toute entière.

Ce faisant, **parce qu'il participe au premier chef de la confiance que doit avoir le citoyen dans une institution, hors du respect de laquelle l'Etat de droit est en péril, une vigilance particulière s'impose au nom de l'intérêt général quant au choix et à la formation des experts.**

Annexe I

Rappelons qu'en France il y a chaque année environ :

- 400 millions d'actes médicaux,
- 13 à 14 millions de malades hospitalisés,
- 20 000 déclarations « d'insatisfaction » auprès des assureurs,
- 5 000 à 6 000 affaires en contentieux judiciaire ou assimilé,
- que sur 3000 à 3500 dossiers reçus par les CRCI, 18 à 20% répondent aux critères d'indemnisation au titre de l'aléa médical conformément à la loi du 4 mars 2002.

Un satisfecit sur les expertises diligentées en procédure civile ressort des quelques chiffres admis communément.

La très grande majorité des expertises sont ordonnées en référé et dans 80% des cas les parties se concilient et font une transaction sur les conclusions du rapport d'expert « avant dire droit », c'est-à-dire avant le jugement au fond.

Lorsqu'il y a jugement au fond (20% des affaires) le rapport d'expert reste habituellement la pièce maitresse du procès même si, comme il est logique, une des parties n'y trouve pas satisfaction de toutes ses prétentions.

Finalement le recours à une contre-expertise reste rare : *« La Cour d'appel de Paris ordonne une contre-expertise dans environ 10% des dossiers de responsabilité d'un professionnel de santé, établissement de soins ou producteur d'un produit de santé »*, nous a-t-il été dit, c'est-à-dire dans 2% des dossiers initialement ouverts en contentieux civil.

Annexe II

Nombreux sont les responsables et organismes qui, régulièrement, abordent le sujet :

- ***le Médiateur de la République*** :
    - Proposition de réforme (08-R015) de l'expertise médicale judiciaire au Garde des Sceaux du 8 juillet 2008.
    - Colloque sur l'expertise médicale à l'Assemblée Nationale le 6 octobre 2009 : « Expertises faillibles, justice fragile ».

  - Rapport annuel 2009 : « La qualité des expertises médicales judiciaires en question » - p. 55-56
  - Synthèse annuelle 2009 d'activité du pôle santé et sécurité des soins – p. 17-18
- ***le Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice (CNCEJ)***
  - 2ème Colloque national sur la formation des experts de justice : « Haute qualité des expertises » - 23 avril 2010
- ***l'Académie Nationale de Chirurgie***
  - Séance du 19 novembre 2008 sur : « Les référentiels métiers et compétences des collèges de spécialités chirurgicales » (sous la direction de Y. Matillon et G. Mantion)
- ***l'Ordre National des Médecins***
  - « La réforme de l'expertise médicale en débat » - Médecins, n° 10, mars-avril 2010, p.11-12 et 21
- ***la Compagnie des experts agréés par la Cour de cassation***
  - Colloque sur : « La force probante de l'expertise et/ou l'apport de l'approche américaine par les CRITÈRES DAUBERT » - 7 avril 2010
- ***le Cercle France-Amérique et l'Association française des docteurs en droit*** (colloques)
  - « La preuve au cours du débat judiciaire » - 24 mars 2010
  - « Le médecin est-il toujours responsable ? Regards croisés franco-américains » - 31 mars 2010
- ***l'Institut Européen de l'Expertise et des Experts (IEEE)***
  - « L'expertise de justice en Europe… » - 4/5 avril 2008
  - « EUREXPERTISE » - « Développement de l'espace judiciaire européen par l'amélioration de la qualité de l'expertise judiciaire, base de la qualité de la justice » - Projet sélectionné par la Direction Justice, Liberté et Sécurité de la Commission européenne – mai 2010
- ***le Collège Européen du Droit de l'Expertise médico-légale***
  - Colloque sur : « Critères de qualité pour une expertise civile réussie » - 31 mai 2010
- ***le Législateur***
  - « Proposition de loi visant à créer une liste unique de médecins experts dans le cadre des procédures amiables ou contentieuses établie par une commission ad hoc, n° 2407 » - déposée le 1er avril 2010 et renvoyée en Commission des finances – Travaux préparatoires – Assemblée Nationale – 1ère lecture.
- ***le Garde de Sceaux, Ministre de la Justice***
  - « Rapport de la Commission de réflexion sur l'expertise » - mars 2011
- ***la Cour de Justice de l'Union européenne***
  - Décision préjudicielle – Arrêt du 17 mars 2011 (aff. Penarroja)

Annexe III

Liste des spécialités concernées par le dispositif d'accréditation des médecins (p. 45)
Organismes agréés pour l'accréditation des médecins (p. 46 à 48)

Liste des spécialités concernées par le dispositif d'accréditation des médecins

L'article D.4135-2 du Code de la Santé Publique précise les conditions d'exercice concernées par le dispositif :

« Art D.4135-2. - Peuvent demander à être accrédités les médecins ou équipes médicales exerçant en établissements de santé ayant une activité d'obstétrique, d'échographie obstétricale, de réanimation, de soins intensifs ou exerçant l'une des spécialités suivantes :

1° Chirurgie générale ;
2° Neurochirurgie ;
3° Chirurgie urologique ;
4° Chirurgie orthopédique et traumatologie ;
5° Chirurgie infantile ;
6° Chirurgie de la face et du cou ;
7° Chirurgie maxillo-faciale et stomatologie, ou chirurgie maxillo-faciale ;
8° Chirurgie plastique reconstructrice et esthétique ;
9° Chirurgie thoracique et cardio-vasculaire ;
10° Chirurgie vasculaire ;
11° Chirurgie viscérale et digestive ;
12° Gynécologie-obstétrique, ou gynécologie médicale et gynécologie-obstétrique ;
13° Anesthésie-réanimation ;
14° Réanimation médicale ;
15° Stomatologie ;
16° Oto-rhino-laryngologie ;
17° Ophtalmologie ;
18° Cardiologie ;
19° Radiologie ;
20° Gastro-entérologie ;
21° Pneumologie.

Pour les spécialités mentionnées aux 15° à 21°, seu ls les médecins exerçant une activité chirurgicale ou interventionnelle peuvent demander à être accrédités.
Les médecins d'une même spécialité constituant une équipe médicale peuvent conjointement présenter une demande d'accréditation. Dans ce cas, l'accréditation est délivrée à chacun des médecins composant l'équipe médicale. »

Organismes agréés pour l'accréditation des médecins (11/08/2010)

Nom - date d'agrément – spécialité – adresse – téléphone - site internet – courriel – en activité : oui/non

ORTHORISQ
3-janv-07
Chirurgie orthopédique et traumatologique ; chirurgie orthopédique infantile
56 rue Boissonade 75014 PARIS
01 43 22 47 54
www.sofcot.fr
orthorisq@sofcot.fr
oui

Collège Français d'Echographie Foetale (CFEF)
14-févr-07
Echographie foetale
Les Tonnelles 131 avenue de Lodève 34080 MONTPELLIER
02 51 82 46 25
www.cfef.org
accreditation@cfef.org
oui

GYNERISQ
8-mars-07
Gynécologie-obstétrique ; gynécologie médicale et gynécologie-obstétrique ; échographies obstétricales
6 rue Pétrarque 31000 TOULOUSE
05 61 23 92 42
www.gynerisq.fr
gynerisq@wanadoo.fr
oui

Fédération de Chirurgie Viscérale et Digestive (FCVD)
8-mars-07
Chirurgie viscérale et digestive ; Chirurgie générale
45 rue des Saints-Pères 75006 PARIS
01 60 06 53 68
www.chirurgie-viscerale.org
fcvd-oa@orange.fr
oui

Société Française de Radiologie (SFR)
9-mai-07
Radiologie interventionnelle
20 avenue Rapp 75007 PARIS
01 53 59 59 69
www.sfrnet.org
sfr@sfradiologie.org
oui

Société Française de Chirurgie Thoracique et Cardio-Vasculaire (SFCTCV)
13-juin-07
Chirurgie thoracique et cardio-vasculaire
56 boulevard Vincent Auriol 75013 PARIS
01 42 16 42 10
www.sfctcv.net
sfctcv@wanadoo.fr
oui

Association pour l'Evaluation et l'Accréditation en Hépato Gastro Entérologie (EA-HGE)
13-juin-07
Gastro-entérologie interventionnelle
Centre Hospitalier d'Angoulême - Service d'Hépato-Gastro-Entérologie 16000 ANGOULEME
05 45 24 40 93 www.ea-hge.org secretariat@ea-hge.org oui

Collège Français des Anesthésistes Réanimateurs (CFAR)
27-juin-07
Anesthésie-réanimation
74 rue Raynouard 75016 PARIS
01 45 20 32 05
www.cfar.org
contact@cfar.org
oui

Collège des Bonnes Pratiques de Réanimation (CBPR)
26-sept-07
Réanimation médicale
48 avenue Claude Vellefaux 75010 PARIS
01 45 86 74 00
www.srlf.org
secretariat@srlf.org
oui

PLASTIRISQ
26-sept-07
Chirurgie plastique reconstructrice
26 rue de Belfort 92400 COURBEVOIE
01 46 67 74 85
www.plasticiens.fr
plastirisq@plasticiens.org
oui

Association Française d'Urologie (AFU)
5-déc-07
Chirurgie urologique
AFU - Maison de l'Urologie - 61 rue de Vaugirard 75006 PARIS
01 45 48 06 09
www.urofrance.org
urorisq@urofrance.org
oui

VASCURISQ
19-déc-07
Chirurgie vasculaire
Espace Aurore - 31 rue du général Dumont 17000 LA ROCHELLE
05 46 29 45 28
www.vascurisq.fr
vascurisq@orange.fr
oui

Fédération de Stomatologie et Chirurgie Maxillo-Faciale (FSCMF)
27-févr-08
Chirurgie maxillo-faciale et stomatologique ; chirurgie maxillo-faciale ; stomatologie (activité chirurgicale)
7 avenue de la gare 34570 PIGNAN
www.fscmf.fr
fscmf@club-internet.fr
oui

Evaluation Formation Accréditation en ORL et chirurgie cervico-faciale (EFAORL)
4-juin-08
ORL - Chirurgie de la face et du cou
26 rue Lalo 75116 PARIS
01 40 67 04 04
www.efaorl.fr
sforl@sforl.org
oui

Collège de Neurochirurgie
18-mars-09
Neurochirurgie
Service de Neurochirurgie - CHU Dupuytren 2 avenue Martin Luther King 87042 LIMOGES
05 55 05 65 21
http://college.neurochirurgie.fr
oa@neurochirurgie.fr
oui

Conseil National de la Chirurgie de l'Enfant (CNCE)
22-avr-09
Chirurgie infantile
Hôpital d'enfants de la Timone 264 rue Saint Pierre 13005 MARSEILLE
04 91 38 66 82
cnce.accreditation@chirpediatric.fr
oui

Conseil National Professionnel de Cardiologie (CNPC)
24-juin-09
Cardiologie interventionnelle
5 rue des Colonnes du Trône 75012 PARIS
01 45 43 70 76
coeur@club-internet.fr
non

*
* *

L'Académie, saisie dans sa séance du mardi 18 octobre 2011, a adopté le texte de ce rapport par 60 voix pour, 3 voix contre et 9 abstentions.

Pour copie certifiée conforme,
Le Secrétaire perpétuel,

Professeur Raymond ARDAILLOU